<36637858940019

Lehrbuch

des

Preußischen gemeinen Privatrechts

von

Dr. C. F. Koch.

Zweite verbesserte und vermehrte Auflage.

II. Band.

Berlin, 1852.

Verlag der T. Trautwein'schen Buch- und Musik.-Handlung.

(J. Guttentag.)

Inhaltsverzeichniß.

Drittes Buch.

Forderungenrecht.

Zweites Kapitel.

Von den in einer Obligation vorkommenden Personen.

Zweite Abtheilung.

Von einseitigen Handlungen.

Viertes Kapitel.

Von den Aufhebungsgründen der Obligation.

Zweites Kapitel.

Zufällig zweiseitige Forderungen (Rechtsverhältnisse mit contrariae actiones).

Seite

Drittes Kapitel.

Wesentlich zweiseitige Verträge (Rechtsverhältnisse mit directae actiones).

Erste Ordnung.

Forderungen aus einer Gemeinschaft.

Zweite Ordnung.

Forderungen auf wechselseitige Leistung bestimmter Gegenstände.

Erste Klasse.

Verträge, welche auf beiden Seiten mit einer einmaligen Leistung erfüllt werden.

Viertes Buch.

Familienrecht.

Erstes Kapitel.

Eheliche Verhältnisse.

Erster Abschnitt.

Rechte oder wahre Ehe.

Seite

Erster Abschnitt.
Von der eigentlichen Vormundschaft.

Zweiter Abschnitt.
Von Kuratelen.

Fünftes Buch.
Erbrecht.

Erste Abtheilung.
Von den Bedingungen der Erbfolge.

Erster Abschnitt.
Von den Gründen des Erbanfalls.

Erstes Kapitel.
Von letzten Willensverordnungen.

Zweites Kapitel.

Von Erbverträgen.

Drittes Kapitel.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

Viertes Kapitel.

Von den Pflichttheilsberechtigten.

Zweiter Abschnitt.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Erstes Kapitel.

Von der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft.

Zweites Kapitel.

Vom Verluste der Erbschaft.

Zweite Abtheilung.

Von dem Rechte oder dem Inhalte der Succession.

Erstes Kapitel.

Von den Rechten der Universal-Succession.

Zweites Kapitel.

Von den Rechten der Singular-Succession.

Drittes Buch.

Forderungenrecht.

M. Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-dogmatisch dargestellt. 3 Bde. 8. Breslau, 1836–1844. — Karl Bucher, das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianischen Rechts dargestellt. Leipzig, 1830. — Unterholzner, Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 2 Bde. Leipzig, 1840. — v. Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. Erster Band, Berlin 1851.

§. 451.

Einleitung.

Diejenigen zum Vermögensrechte gehörigen Rechtsverhältnisse, welche sich auf bestimmte Handlungen oder Unterlassungen gewisser Personen beziehen und dadurch, daß ihnen ein Genüge geschieht, gänzlich wieder aufhören, also wesentlich vorübergehend sind, machen zusammen den Theil des gesammten Rechtsstoffes aus, den man das Recht der Forderungen oder das Obligationenrecht nennt. Das A. L. R. nennt sie „persönliche Rechte und Verbindlichkeiten, wozu nur gewisse Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz einer Sache, befugt oder verpflichtet sind“, welche Bestimmung jedoch den Gegenstand nicht erschöpft (§. 99, Bd. I, S. 225). Dieser Theil des Rechtsstoffes enthält eine große Anzahl von Regeln und Sätzen, welche allen vorkommenden Rechtsverhältnissen dieser Klasse gemeinsam sind, und vorweg dargestellt werden müssen, ehe die einzelnen bekannten Rechtsverhältnisse selbst entwickelt werden. Dadurch fällt dieses Buch in zwei Abtheilungen. Die Erste wird

die allgemeinen Lehren in vier Kapiteln enthalten, von welchen das Erste von dem Inhalte, das Zweite von den Personen, das Dritte von den Entstehungsgründen, das Vierte von der Aufhebung der Obligationen handelt. Die zweite Abtheilung wird darauf die einzelnen Obligationen und deren Besonderheiten aufzählen.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.

Von dem Inhalte einer Obligation.

I. Natur der Obligationen.

§. 452.

1. Begriff.

Forderungsrecht, Forderung (obligatio) heißt das Verhältniß des Vermögensrechts zwischen zwei bestimmten Personen, wonach die Eine über eine bestimmte Handlung oder Unterlassung der Andern willkührlich verfügen darf [1]). Die Merkmale des Begriffs sind also: 1. Ein wechselseitiges Verhältniß, auf der einen Seite „Forderung", „Recht" (creditum), und auf der Andern „Schuld", „Pflicht" (debitum) genannt, welchem entsprechend die Personen beziehlich „Gläubiger (Kreditor)" und „Schuldner (Debitor)" heißen. Beides zusammen oder das Ganze nennen die Römer obligatio, eben so auch das zum Grunde liegende Rechtsgeschäft [2]). Das deutsche Wort „Verbindlichkeit" ist zwar eine genaue Uebersetzung von obligatio, hat jedoch nicht dieselbe Bedeutung, sondern bezeichnet nur die Seite des Verhältnisses nach dem Schuldner, außerdem aber auch noch alle allgemeinen, nicht aus besonderer

1) I, 2, §§. 122, 123. — Pr. J. de obl. (III, 13). — L. 3 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7).

2) L 19 D. de verb. sign. (L. 16). — Hugo, Civil. Mag., Bd. III, S. 415. Heutzutage nennt man auch eine einseitige Schuldverschreibung Obligation (obligatorium). Wernher, Observat., P. II, obs. 416. — Anh. z. A. G. O. §. 388, zu I, 51, §. 120; A. L. R. II, 8, §. 1256; A. G. O. I, 50, §. 161.

Verbindlichmachung entstandenen, Pflichten. Die Neuern hielten diese einseitige Bedeutung für den Begriff der obligatio und lehrten, daß jeder Obligation ein gegenüberstehendes Recht entspreche, so daß Recht und Verbindlichkeit Korrelate seien[3]. Für das Ganze hatte man keinen Begriff und keinen Ausdruck. Diese Vorstellung liegt dem A. L. R. zu Grunde; Rechte und Verbindlichkeiten werden ganz allgemein, so daß auch die allgemeine Pflicht, Person und Eigenthum Anderer zu achten, darunter begriffen ist, für entsprechende Korrelate erklärt, und wo das ganze Verhältniß bezeichnet werden soll, ist immer von „Rechten und Pflichten", oder von „Rechten und Verbindlichkeiten" Rede[4]. 2. Das Verhältniß muß zwischen gewissen Personen bestehen. Die Allen obliegende Pflicht, das dingliche Recht einer Person zu achten, ist keine Obligation[5]. 3. Es muß eine bestimmte Handlung oder eine ganze Klasse von Handlungen des Einen der Willkühr des Andern aus einer Verpflichtung unterworfen sein[6]. 4. Die Handlung muß sich auf das Vermögensrecht beziehen und die Genügeleistung das Verhältniß erlöschen[7]. Daher ist z. B. die Ehe kein obligatorisches, sondern ein fortdauerndes Zustands-Verhältniß, welches wiederkehrende Handlungen zur Folge, aber nicht zum Zwecke hat (§. 744). Einige Verhältnisse sind vermischter Natur, z. B. das Dienstbotenverhältniß (§. 780), das auf der Grenze der Zustands- und der Vermögensverhältnisse steht.

§. 453.

2. Hauptarten.

I. Die Eintheilung der Obligationen ist nach den Beziehungen sehr verschieden. Die Haupteintheilungen sind: 1. nach der Entstehung, 2. nach dem Gegenstande, 3. nach der Wirksamkeit. Die ersten Beiden kommen weiterhin ausführlicher vor. II. Die Dritte fußt nach R. R. auf die Rechtsquelle, je nachdem die Obligation

---

3) Höpfner, Commentar, §. 284. — Hugo a. a. O. S. 405 u. 408.

4) Einleitung §§. 85 und 92; I, 2, §. 122. (Stenger) Commentar, I, S. 85.

5) I, 2, §§. 122, 123. — L. 12 D. de verb. sign. (L. 16); L. 7 D. de ann. leg. (XXXIII, 7).

6) A. L. R. Einleitung §. 92. — L. 108 D. de verb. sign. (L. 16); L. 83, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1). — Hugo a. a. O. S. 399.

7) Pr. J. de obligation. (III, 14).

aus dem jus civile oder aus dem jus gentium herkommt, oder auf die Wirkung bezogen wird. Nach Pr. R. fällt die erste Beziehung weg, denn ein jus gentium ist als Rechtsquelle nicht anerkannt, und das von Neuern daraus gemachte Naturrecht gehört gar nicht in das Gebiet des Rechts, sondern in das der Moral. Die in dem jure gentium wurzelnden Obligationen waren, in sofern sie Anerkennung fanden, bei den Römern wirkliche Civilobligationen[1]). Wenn aber die Verbindlichmachung, das Band zwischen Gläubiger und Schuldner, nicht für haltbar erachtet wird, so nennt das R. R. ein solches Verhältniß eine obligatio naturalis, welche sowohl im jus civile als im jus gentium wurzeln kann. Eine Civilobligation kann ipso jure, oder ope exceptionis unwirksam sein; im erstern Falle ist sie immer, im andern in der Regel ganz und gar kraftlos. Eine Ausnahme machen die nicht auf dem jus gentium beruhenden, vielmehr positiv eingeführten Exceptionen: diese tilgen die in jeder Civilobligation zugleich enthaltene Naturalobligation nicht. Dergleichen Exceptionen sind: 1. Die exceptio ex Senatus consulto Macedoniano[2]). Nach Preußischem Rechte verhält es sich umgekehrt. Ein Hauskind für sich ist nicht fähig, rechtsverbindlich zu kontrahiren, die Obligation ist daher von Anfang eine Naturalobligation, die exceptio S. C. Mac. in der Bedeutung des R. R. fällt mithin weg; die Naturalobligation wirkt jedoch nur die soluti retentio[3]). 2. Die Präscription[4]). Nach Pr. R. vernichtet die Extinktiverjährung das Rechtsverhältniß gänzlich[5]). 3) Die exceptio rei judicatae[6]). Auch hier ist nach Preußischem Rechte Alles ganz erloschen (§. 197, Bd. I, S. 377). 4. Das beneficium competentiae[7]). Dabei tritt eigentlich nur eine zeitweise Unwirksamkeit der Civilobligation ein; fallen die Voraussetzungen des Beneficiums weg, so tritt das Forderungsrecht wieder in volle

---

1) L. 5, §. 1 D. de praescriptis verbis (XIX, 5).

2) L. 10, L. 9, §. 5 D. de S. C. Maced. (XIV, 6). — L. 19 pr., L. 40 pr. D. de condictione indebiti (XII, 6). — L. 14 D. de reb. cred. (XII, 1).

3) II, 2, §§. 125, 138.

4) L. 2 C. de luit. pign. (VIII, 31); L. 5 C. de except. XXX ann. (VIII, 36); L. 5. §. 6 D. de doli et metus except. (XLIV, 4).

5) S. o. §§. 149 u. 151.

6) §. 5 J. de except. (IV, 13); L. 28, 60 pr. D. de cond. ind. (XII, 6); L. 8, § 1 D. ratam rem hab. (XLVI. 8).

7) L. 8, L. 9 D. de cond. indebiti (XII, 6).

Kraft; aber auch in dieser Zwischenzeit hat dasselbe alle Wirkungen einer Naturalobligation des R. R.[8]). 5) Die exceptio quod quisque juris in alterum statuit, ut ipse eodem jure utatur[9]). Diese ist dem Pr. R. unbekannt. — Ausnahmen entgegengesetzter Art, wo der Naturalobligation alle und jede Wirkung im R. R. abgesprochen ist, sind folgende: 1. Die Bürgschaft einer Frauensperson in gewissen Fällen[10]). Das A. L. R. bestimmt das Gegentheil: eine civilrechtlich unkräftige Intercession einer Frauensperson begründet soluti retentio[11]). 2. Spielschulden[12]). Das A. L. R. stimmt damit, hinsichtlich der verbotenen Spiele, welche strafbar sind, überein, und räumt nur aus erlaubten Spielen, die nach R. R. eine Civilobligation hervorbrachten, die soluti retentio ein (§. 713)[13]). 3. Die Obligation eines Unmündigen und eines Verschwenders. Auch hier weicht das A. L. R. ab; denn die soluti retentio soll nur alsdann nicht gelten, wenn die Zahlung noch vor gehobener Unfähigkeit erfolgt ist[14]). Das hat aber seinen Grund darin, daß in diesem Falle die Zahlung, ebenfalls ein Rechtsgeschäft, an sich nicht rechtsgültig vollzogen ist. Daraus folgt, daß, wenn der fähig gewordene Schuldner Zahlung auf eine in unfähigem Zustande geschlossene Obligation leistet, die Zurückforderung unzulässig ist. 4. Der außergerichtliche Vergleich über künftige Alimente[15]). Das Preuß. Recht kam bisher damit überein; denn diejenige Wirkung, welche hier eintreten konnte, nämlich eine Exception gegen die Klage des Alimentarius, ist allen Naturalobligationen abgesprochen[16]); im neuesten Rechte scheidet dieser Fall ganz aus (§. 727, II, 2). III. Die Naturalobligation ist nicht klagbar, hat aber nach R. R. verschiedene

---

8) A.G.O. I, 49, §§. 22–24. — A. L. R. I, 14, §§. 281, 282.

9) L. 3, §. 7 D. quod quisque juris (II, 2).

10) L. 40 pr. D. de cond. ind. (XII, 6); L. 8, §§. 3 et 9 D. ad S. C. Vell. (XVI, 1); L. 9 C. eod. (IV, 29).

11) I, 14, §§. 243, 411. Suarez, amtliche Vorträge; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 51 u. 52. Ueber das Irrige dabei s. Recht der Forderungen, §. 276, Bd. III, S. 879, u. unten §. 721.

12) L. 4, §§. 1 u. 2 D. de aleator. (XI, 5); L. 3 C. eod. (III, 43).

13) I, 11, §§. 577 u. 578. — Recht der Ford. §. 364, Bd. III, S. 841.

14) I, 16, §. 170.

15) L. 8 D. de transact. (II, 15). — L. 8 C. eod. (II, 4).

16) A. L. R. Einleit. §. 86. Die soluti retentio kann nicht vorkommen, weil der Vergleich auf der Seite des Schuldners bindend ist. Recht der Ford. §. 383, Bd. III, S. 915.

andere Wirkungen, welche die Geltung sichern. Solche sind: 1. Ausschließung der condictio indebiti [17]). Das Pr. R. hat davon einen Ueberrest in der Bestimmung, daß jede „moralische Verbindlichkeit" und „unvollkommene Pflicht" die Zurückforderung einer Zahlung hindert [18]). Man muß annehmen, daß hiermit eine Naturalobligation gemeint ist, indem sonst die an sich begründete condictio indebiti eines Reichen gegen einen Armen ganz unzulässig sein würde. Die vorkommenden Anwendungen zeigen in der That auch, daß eine besondere Verbindlichmachung, die nur nach Civilrecht nicht bindend ist, vorausgesetzt wird [19]). 2. Eine Naturalobligation begründet nach R. R. die exceptio doli gegen das mit ihr kollidirende Klagrecht; das A. L. R. hat diesen Grundsatz in seiner Allgemeinheit ausdrücklich reprobirt [20]), doch kommen einzelne Anwendungen davon vor, z. B. bei der Pfandbestellung für eine formell ungültige Forderung, wo die Rückforderung des Pfandstückes, obwohl kein Pfandrecht daran entstanden ist, durch die exceptio doli abgewehrt werden kann (Note 25). 3. Eine Naturalobligation ist nach R. R. zur Kompensation tauglich [21]). Auch diese Wirkung spricht ihr das A. L. R. ab [22]). 4. Die Naturalobligation genügt nach R. R. zu den accessorischen Verträgen, insbesondere zur Novation, zum Constitutum, zur Bürgschaft, zur Pfandbestellung [23]). Hiervon kommt im Preuß. Recht Folgendes vor: a) Zur reinen Bürgschaft ist die Naturalobligation nicht tauglich; nur wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verbindlich macht, kommt es auf die Beschaffenheit der Hauptschuld in der Regel nicht an [24]). b) Für eine nicht klagbare Forderung kann kein Pfandrecht bestellt werden, nur ein Retentionsrecht soll der Pfandnehmer haben [25]). c) Zur Novation genügt eine solche

---

17) L. 51, L. 13 pr., L. 64 D. de condict. ind. (XII, 6).

18) I, 16, §§. 178 u. 179; II, 2, §. 138.

19) I, 16, §. 184 setzt einen unförmlichen Vertrag voraus; I, 14, §§. 243 u. 411 die unkräftige Intercession einer Frauensperson; I, 11, §. 578 einen Spielkontrakt.

20) Einleitung §. 86.

21) L. 6 D. de compensat. (XVI, 2).

22) I, 16, §. 377.

23) L. 13 pr. D. de condictione indebiti (XII, 6).

24) I, 14, §§. 254—256, 391, 393. — Vergl. Simon, Rechtsspr., I, S. 178.

25) I, 20, §§. 97 u. 98.

Obligation in allen den Fällen, in welchen die soluti retentio zuläſſig und die condictio indebiti unſtatthaft ſein würde[26]).

II. Gegenſtand der Obligationen.

§. 454.

A. Im Allgemeinen.

Gegenſtand einer Obligation iſt immer eine Handlung, die entweder in einem Thun oder in einem Unterlaſſen beſteht. Das R. R. unterſcheidet bei dem Thun, nach den praktiſchen Folgen, das dare, facere und praestare, womit drei verſchiedene Begriffe techniſch bezeichnet werden[1]). In ähnlicher Art zählen die Verfaſſer des A. L. R. als verſchiedene Arten von Handlungen ein Geben, Leiſten, Verſtatten oder Unterlaſſen auf[2]). Dieſe Unterſcheidung iſt jedoch nach Pr. R. ohne alle praktiſche Bedeutung: der Ausdruck, durch welchen eine Leiſtung übernommen wird, iſt ohne Einfluß auf die Art der Verpflichtung, jeder Ausdruck, welcher das Verſprechen einer Leiſtung im Thun oder Unterlaſſen enthält, hat immer dieſelbe rechtliche Folge.

B. Ausgezeichnete Gegenſtände.

§. 455.

1. Alternative oder disjunktive Obligation.

de Brassier, de causis alternativis. Heidelb. 1821. — Thomasius, de obligatione ex promissione rei incertae: in Diss. Tom. IV, no. 112, §§. 45–61.

Die Obligation hat entweder einen einzelnen beſtimmten Gegenſtand (species) und heißt dann eine einfache (obl. simplex), oder mehrere Gegenſtände, welche gleichfalls individuell oder auch nur nach der Gattung (obl. generis dandi) beſtimmt ſein können. Soll in dem letztern Falle der Schuldner nicht Alle geben, ſondern durch den einen oder andern Gegenſtand frei werden: ſo iſt die Obligation eine alternative (obl. alternativa). I. Die Wahl

---

26) I, 16, §§. 467 u. 468.

1) L. 75, §. 7 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 3 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7); L. 13, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1). — Recht der Ford. §. 4.

2) I, 2, §. 123. Das Oeſt. G. B. §. 859 unterläßt ſehr verſtändig dieſe Aufzählung; es ſpricht nur von einer Leiſtung.

hat dabei der Schuldner[3]), von welcher Regel das Pr. R. den Kauf[4]) und das Verhältniß der Frohnen, falls der Pflichtige Dienste oder Dienstgeld schuldig ist[5]), ausnimmt, wo dem Gläubiger die Wahl zustehen soll. Die Wahl ist nach R. R. nicht Bedingung, sondern die Obligation ist eine unbedingte (obl. pura)[6]), und wird zur einfachen, wenn die Wahl nicht mehr möglich und nur noch ein Gegenstand übrig ist[7]). Das A. L. R. hingegen behandelt die alternative Obligation wie eine bedingte, denn der Wahlberechtigte soll nicht mehr gebunden sein, wenn von mehreren Sachen, unter welchen er zu wählen hat, die Eine oder die Andere, sei es zufällig oder durch Schuld des andern Theils, verdorben wird oder abhanden kommt[8]). Ein juristischer Grund hiervon ist nicht bekannt; die Bestimmung kann überhaupt auch nur in solchen Fällen Anwendung finden, wo die Auflösung des Verhältnisses ohne Erfüllung angeht, was oft nicht möglich ist[9]), daher die Einheit im Prinzipe fehlt. Ueber die Aufhebung wegen Unmöglichkeit der Wahl ist bestimmt: der Wahlberechtigte kann den noch übrigen Gegenstand fordern, oder auch von dem Vertrage abgehen, wenn Zufall oder Schuld des Andern einen Gegenstand der Wahl entzogen hat, und wenn Vorsatz oder grobes

---

3) I, 5, §§. 156, 274; I, 12, §. 388; I, 16, §. 192. — L. 106, 112, 138, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 25 pr., L. 34, §. 6 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — §. 33 J. de act. (IV, 6); L. 10, §. 6 D. de jure dot. (XXIII, 3). — L. 75, §. 4 D. de leg. I. — Mühlenbruch, Cession der Forderungen (3te Ausg.) §. 24, Note 43, S. 265.) — Hert, de electione ex obligatione alternativa debitori debita, Giess. 1699; in Commentat. et Opusc. Vol. I, P. 3, p. 233 sqq.

4) I, 11, §. 38. Man kennt den Grund von dieser Ausnahme nicht. Die Gesetzrevisoren sagen in ihren Motiven z. T. 11, Th. I, S. 20: Dieser Grund sei in der Eigenthümlichkeit des Kaufkontrakts zu suchen; sie melden jedoch nicht den Erfolg ihres Suchens.

5) II, 7, §. 424. War streitig zwischen den Romanisten und Germanisten. Leyser, Spec. 419, m. 3. — Buri, von Bauergütern, S. 68. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 246, Note 4. Daher kommen die abweichenden Bestimmungen in verschiedenen Provinzial-Verordnungen.

6) L. 138 u. 76 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1).

7) L. 72, §. 4 D. de solut. (XLVI, 3); L. 16 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 34, §. 6 D. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 2, §. 3 D. de eo quod certo loco (XIII, 4); L. 11, §. 1 D. de leg. II.

8) I, 11, §§. 33, 37.

9) Z. B. wenn auf Grund eines unverbindlichen mündlichen Vertrags eine Sache übergeben worden ist. Hier soll der Empfänger die Wahl haben: ob er gleichfalls erfüllen, oder die Sache, falls sie sich noch in demselben Stande befindet, zurückgeben wolle. Die Wahl kann aber nicht mehr stattfinden, wenn die Sache sich auch nur zufällig verschlimmert hat. I, 5, §§. 156, 157. Hier verwandelt mithin die alternative Obligation sich in eine einfache.

Versehen vorgefallen ist, muß auch noch das Interesse geleistet werden; er muß aber alsdann unbedingt bei dem Vertrage stehen bleiben, wenn sein Zuthun den Verlust veranlaßt hat[10]). Nach den Grundsätzen des A. L. R. sollte die Wahl folgerecht nicht auf die Erben übergehen, weil eine Handlung des Verstorbenen zur Bedingung gemacht ist, die von den Erben nicht erfüllt werden kann[11]); doch ist solches wohl nicht beabsichtigt, vielmehr die Regel des R. R., wonach der Uebergang auf die Erben aus der Natur dieser Obligation folgt[12]), für beibehalten anzusehen. III. Die dem Schuldner zustehende Wahl geht durch Zögerung nicht verloren, sie kann noch bis zur Leistung ausgeübt werden und der Gläubiger kann nur alternative klagen; erst wenn von der actio judicati (Exekution) Gebrauch gemacht werden muß, wählt der Gläubiger[13]); der Schuldner kann hiernächst nicht mehr leisten was er will. Der Gläubiger muß von dem ihm zustehenden Wahlrechte in der Klage Gebrauch machen, kann jedoch, wenn nicht der Schuldner die Wahl ausdrücklich genehmigt hat, im ordinairen Prozesse den Antrag noch bis zum Schluße der ersten Instanz abändern, und in der Exekutionsinstanz kann er, wenn der Schuldner nicht Genüge leistet, von der getroffenen Wahl immer wieder abgehen[14]). IV. Die verbindlich getroffene Wahl verwandelt die alternative Obligation in eine einfache[15]). Verbindlich ist die Wahl ohne alle Form, wenn sie von der Leistung begleitet ist (re)[16]); geschieht sie durch bloße Willenserklärung (verbis), so

---

10) I, 11, §§. 33—37. — Hiervon kommt im R. R. natürlich nichts vor.

11) I, 5, §§. 107 u. 416. — L. 46, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1).

12) L. 76 pr. D. eodem.

13) Verordnung I, v. 4. März 1834, §. 9 (G. S. S. 33). — L. 106, 138, §. 1 D. de verb. obl (XLV, 1); §. 33 J. de act. (IV, 6). Nach G. R. ist dies streitig: Viele behaupten, daß die mora solvendi das Wahlrecht entziehe, wegen L 2, §. 3 D. de eo quod certo loco (XIII, 4) u. L. 55 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Auch L. 11, §. 1 D. de leg. II giebt ein Argument dafür. Die Pr. Praxis beschränkt das auf den Gläubiger übergegangene Wahlrecht nur auf die Dauer der Vollstreckbarkeit des Urtels. Findet die Exekution aus demselben nicht mehr statt, und muß von Neuem geklagt werden, so hält man, wenn zur Zeit der Klageanstellung das Urtel keine exekutorische Kraft mehr hatte, den Gläubiger zur Wahl nicht mehr berechtigt. Pr. des Obertrib. 1402, v. 27. Januar 1844. (Entscheid. Bd. IX, No. 31.) Juristisch ist das nicht. Das s. g. Exekutionsgesuch ist materiell die actio judicati; Gegenstand und Inhalt bleiben unverändert, mag der Antrag vor oder nach Ablauf eines Jahres eingebracht werden. S. m. Beurtheilung der Entsch. S. 191.

14) A. G. O. I, 5, §. 21; I, 10, §. 5a. — V. v. 4. März 1834, §. 9.

15) L. 20 D. de optione vel electione leg. (XXXIII, 5).

16) A. L. R. I, 5, §§. 215, 315; I, 12, §. 400.

muß dieselbe Form beobachtet werden, welche die Eingehung des Rechtsverhältnisses selbst erfordert[17]. Bei wiederkehrenden Leistungen kann jedes Mal von Neuem gewählt werden[18]. V. Bei einfachen Obligationen kann nichts Anderes als der versprochene Gegenstand gefordert und geleistet werden (aliud pro alio invito creditori solvi non potest)[19]. Körperlicher Zwang kann jedoch nur auf mechanische Handlungen gehen; Handlungen, welche Willensbestimmung erfordern, wie z. B. Geisteserzeugnisse, oder Einwilligungen und Abschließung von Rechtsgeschäften[20], sind nicht direkt erzwingbar[21]. Die einfache Obligation verwandelt sich im Falle der Rechtshülfe in eine alternative (Handlung oder Interesse), wobei der Gläubiger die Wahl hat, wenn es zur Exekution kommt und die Handlung an sich erzwingbar ist. Unterlassungen werden durch Strafen erzwungen[22]. VI. Aehnlichkeit mit der alternativen Obligation hat die obligatio generis dandi. Die Regel des R. R., daß auch hierbei der Schuldner wählt[23], ist im Pr. R. dahin modificirt, daß ein Stück von mittlerer Art gegeben und angenommen werden muß[24]; und leidet bei dem Erbzinsverhältnisse die Ausnahme, daß wenn ein Naturalienzins gegeben werden muß, der Erbzinsherr die Auswahl hat[25].

---

17) I, 5, §. 316; I, 20, §§. 623, 597.

18) II, 7, §§. 425, 426. — L. 21, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1).

19) I, 16, §. 11. — L. 2, §. 1 D. de rebus cred. (XII, 1); L. 16 C. de solut. (VIII, 43). Eine Ausnahme nach Justin. R. enthält Nov. 4, c. 3; Auth. Hoc nisi C. de solut. (VIII, 43).

20) Dazu zumal kann es auch niemals eines Zwanges bedürfen; denn zu Stande gebracht werden kann ein Rechtsgeschäft durch Richterspruch niemals; die Einwilligungen und die Rechtszustände und Verhältnisse müssen schon vorhanden sein, so daß der Richterspruch materiell immer nur das rechtsbeständige Dasein auszusprechen hat; und in diesem Falle kann es auf eine Willenserklärung des Verurtheilten selbstverständlich nicht mehr ankommen. Eine unwissenschaftliche Praxis nimmt auch in dieser Beziehung die Exekution ganz materiell. Schles. Arch. Bd. I, S. 46. Sehr verständig ist die Praxis, welche in den Fällen, wo es auf gerichtliche Anerkennung einer außergerichtlichen Urkunde, z. E. Punktation, zur Beglaubigung bei dem Grundbuche, ankommt, das rechtskräftige Urtel anhängen läßt; denn durch einen Dritten eine Willenserklärung in die Seele einer Person, die dieselbe verweigert, abgeben zu lassen, ist widersinnig.

21) Hierauf bezieht sich der Satz: nemo potest cogi praecise ad faciendum. Ueber die Exekution s. o. §. 201, Bd. I, S. 384; u. L. 68 D. de rei vind. (VI, 1); L. 15 D. de re jud. (XLII, 1).

22) Verordnung I, v. 4. März 1834, §. 10; A. G. O. I, 24, §. 54.

23) Der Gläubiger würde durch die Forderung einer Spezies eine Pluspetition begehen. §. 33 J. de act. (IV, 6).

24) I, 5, §. 275; I, 12, §. 392; I, 21, §. 123; II, 11, §. 920.

25) I, 18, §. 751. Der Grund ist hier derselbe, wie vorhin bei den alternativen Reallasten, Note 5. — S. §. 357, Nr. III, Bd. I, S. 620, Note 26.

VII. Ganz unähnlich aber und deshalb mit den alternativen Obligationen nicht zu verwechseln sind solche Obligationen, welche an sich nur auf Einen Gegenstand gerichtet sind, jedoch die Eigenthümlichkeit haben, daß der Schuldner sich durch Ueberlassung einer andern schon voraus bestimmten Sache befreien kann, wie bei den Assekuranzverträgen durch das Abandonniren, und bei andern Verträgen durch Leistung der bestimmten Wandelpön[26]). Dergleichen Obligationen sind einfache und werden in keinem Falle nach den Grundsätzen von alternativen beurtheilt.

2. Umwandlung in eine Geldobligation.

§. 456.

a) Von Geldschulden im Allgemeinen.

Dieze, Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage: wie ist eine Geldschuld abzutragen? Frankfurt, 1791. — J. L. Schmidt, Abhandlung von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. Jena, 1782. 4. — Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. I, S. 51 ff. — Seger, de mutato valore monetae in solutionibus aestimando; in Opusc. Vol. I, p. 142 sqq. — Leyser, de mutationibus monetae; in medit. ad Pand. Spec. 529. — Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838.

Das Geld ist das allgemeine Mittel, die verschiedenartigsten Obligationen rücksichtlich ihres Gegenstandes, wenn der versprochene Gegenstand nicht erlangt werden kann, auf ein gleichförmiges Geben zurückzuführen. Wegen dieser allgemeinen Anwendung der Geldobligation, welche dieselbe durch die Umwandlung anderer Obligationen in eine solche findet, gehören die Grundsätze von der Geldobligation zu den allgemeinen Lehren[27]). Das Geld oder der allgemeine Werthmesser wird durch Münzen (geprägtes Geld) dargestellt; sie sind Metallstücke, welche, nach Gelde zu einem bestimmten Werthe berechnet und bezeichnet, zum allgemeinen Tauschmittel dienen[28]). Anfangs waren sie abgewägte, mit dem Gewichte bezeichnete Stücke edlen Metalls und führten die Gewichtsnamen (Seckel, Talent, Aß, Pfund, Mark). Dabei war die Ausgleichung einfach. Später traten Münznamen (Thaler, Groschen u. s. w.)

---

26) II, 8, §§. 2301 sqq. — I, 5, §. 314. Im R. R. gehören auch die Noralklagen u. A. hierher.

27) I, 16, §§. 82, 83. — Ed. v. 29. März 1764, §. 10, Nr. 13. (N. C. C. Tom. III, S. 381.)

28) Murhard, Theorie des Geldes und der Münze. Leipzig, 1817. — Adam Müller, Versuch einer neuen Theorie des Geldes. Leipzig. 1816. — Büsch, Abhandl. über den Geldumlauf. 2te Aufl. Kiel u. Hamburg, 1800, und in den sämmtlichen Schriften, Th. 7 u. 8.

an deren Stelle, und der Stoff aus welchem man prägte, wurde eine Metallmischung. Bei diesen Münzen ist zu berücksichtigen: 1. Der innere Werth oder das Gewicht des in der Mischung befindlichen edlen Metalls oder Feingehalts (Schrot und Korn), welches durch den angenommenen Münzfuß bestimmt wird[29]; und 2. der äußere oder Nennwerth, welcher zwiefach ist, nämlich a) der stempelgesetzliche, welchen die Münze nach der Ausprägung und Bezeichnung haben soll, und b) der Handels- oder Kaufwerth, welchen die Münze als Waare zur Zeit im Verkehre gilt. Tauschmittel, welche aus andern Stoffen als Metall von entsprechendem Werthe gemacht sind, z. E. Papier- oder Ledergeld, sind nur Surrogate der Münze, wobei von einem inneren Werthe natürlich nicht die Rede sein kann. Das Wesen des gemünzten Geldes besteht darin, daß es den darauf gezeichneten Werth, gleich einem Pfandstücke, thatsächlich enthält; fehlt er daran, so ist das Geld unrichtig oder falsch. Nach Maßgabe dieses Werths bestimmt sich der Preis (Handelswerth oder Cours)[30] einer Münze, danach richtet sich der wahre Inhalt einer Geldobligation; und wenn derselbe im Falle einer stattgefundenen Münzveränderung in Frage kommt: so ist auf die Zeit der Entstehung zu sehen, wobei auf die Ursache der etwaigen geringern Geltung der Münze nichts ankommt. Ohne eine Münzveränderung oder Abweichung von dem Normalzustande seit der Entstehung der Geldobligation kann jedoch die Frage nicht vorkommen; sie kann auch nur vorkommen, wenn das Geld als solches (als Tauschmittel), nicht aber, wenn gewisse Münzen als einzelne bestimmte Sachen (Spezies) Gegenstand der Obligation sind. In dem letztern Falle muß immer dieselbe Spezies gegeben werden[31], und erst wenn solche nicht mehr vorhanden ist, wird die Obligation in eine gewöhnliche Geldschuld verwandelt. Ist keine Abweichung von dem vorschriftsmäßigen Zustande vorgefallen, so wird auf die verschiedenen Münzsorten bei der Zahlung nicht gesehen, wenn nur in gangbarem Silbercourant gezahlt wird[32].

---

29) K. O. v. 4. August 1832. (Jahrb. Bd. XL, S. 162.)

30) Dieser ist von der Gesetzgebung schon lange anerkannt. R. v. 6. Januar 1757 (N. C. C Tom. II, S. 218); R. v. 30. Juli 1764 (ib. Tom. III, S. 457); Rabe, Bd. I, Abth. 3, S. 46). — Olbers, de valore monetae mercatorum auctoritate mutato. Gött, 1776. — Büsch, über Geld- und Wechselcours, Münzen, Pari u. s. w. Hamb., 1801, und in den sämmtlichen Schriften, Th. VI, S. 459 u. ff. — Helferich von den periodischen Schwankungen im Werthe der edlen Metalle. Nürnberg 1843.

31) I, 11, §. 783. Vergl. Oester. G. B. §. 987.

32) I, 11, §. 779. — L. 24, §. 1 D. de pignorat. act. (XIII, 7).

Niemand aber, außer den fiskalischen Kassen[33]), ist schuldig, in Zahlung zu nehmen: a) Scheidemünze bei Summen, welche in Courantstücken dargestellt werden[34]), und b) Papiergeld[35]). Lautet die Obligation auf Gold ohne Bestimmung der Sorte, so werden Preußische Friedrichsd'or verstanden; soll in Dukaten ohne nähere Bezeichnung gezahlt werden, so sind Preußische oder Holländische anzunehmen[36]), wenn nicht bewiesen wird, daß auf andere als auf Preußische Goldmünzen kontrahirt, z. B. bei Darlehen die verschriebene Valuta in anderen Goldmünzen gegeben worden ist[37]). Hat man über eine Zahlung in Groschen ohne nähere Bestimmung kontrahirt, so werden Preuß. Silbergroschen verstanden[38]).

b) Bei Veränderungen im Werthe der Münze.

§. 457.

aa) Das Allgemeine.

I. Der Maßstab zur Ausgleichung ist der Handelspreis (Cours), wenn dieser von dem gesetzlichen Werthe der Münze dergestalt abweicht, daß er auf den Preis im täglichen Verkehre Einfluß hat[1]); denn auf den Cours im bloßen Geldwechsel, in welchem die Münzen selbst als Waare in Betracht kommen, und je nachdem eine Sorte mehr oder weniger gesucht wird, im Preise steigen oder fallen[2]), kommt im übrigen Rechtsverkehr nichts an, die Verschiedenheit des Handelspreises von dem gesetzlichen Werthe muß in der Verringerung der Münze, seit der Entstehung der Obligation,

---

33) Edict vom 13. Decbr. 1811, §. 12 (G. S. S. 375).

34) Ges. vom 30. Septbr. 1821, §. 7 (G. S. S. 160). Aelteres Recht: I, 11, §. 780; I, 16, §. 77; Edict v. 13. Decbr. 1811, §. 12 (G. S. S. 375). Scheidemünze sind die aus Billon (eine Mischung, worin mehr Zusatz als Silber ist) geprägten Stücke (ganze und halbe Silbergroschen und die seit 1843 geprägten 1/12 Thalerstücke), und die Kupfermünze. Ges. vom 30. Septbr. 1821, §§. 7 u. 11, und V. v. 28. Juni 1843 (G. S. S. 255).

35) Verordn. v. 1. Juni 1807 (Mathis, Bd. IV, S. 488, Abth. 1); Edikt v. 7. Septbr. 1814, §. 6 (G. S. S. 87); V. v. 1. März 1815, §. 7 (G. S. S. 19); K. O. v. 21. Decbr. 1824, §§. VI, VII (G. S. S. 239).

36) I, 11, §§. 781, 782. Ges. v. 30. Septbr. 1821, §. 1.

37) Pr. des Obertrib. 1156, v. 28. Mai 1842.

38) K. O. v. 25. October 1825 (G. S. S. 227). Pr. des Obertrib. 470, v. 15. Mai 1838, u. o. §. 132, Bd. 1, S. 271.

1) Declaration vom 27. Septbr. 1808, §. 2 (Mathis, Bd. VII, S. 18).

2) Von diesem Falle ist die Bestimmung des §. 792, I, 11, zu verstehen.

ihren Grund haben. Dieses läßt sich auf zweierlei Weise denken: einmal so, daß die Münze von Anfang unter ihrem gesetzlichen Werthe ausgeprägt, aber zur Zeit der Eingehung der Geldobligation allgemein noch für voll angenommen worden und erst später auf ihren wahren Werth im Verkehre herabgesunken ist; dann so, daß dieselbe Münzsorte später geringer ausgeprägt worden ist. Der letztere Fall ist unzweifelhaft: der Gläubiger ist nicht schuldig, die schlechte Münzsorte in Zahlung zu nehmen, so lange noch gute Münzen im Umlaufe sind. Im ersteren Falle hingegen muß er dieselbe Münzsorte als Zahlungsmittel annehmen [3]), doch müssen ihm so viele Stücke mehr gegeben werden, als erforderlich sind, um nach der dermaligen Geltung der Münzsorte die zu zahlende Summe Geldes darzustellen [4]). Diese Geldsumme bestimmt sich nach der Zeit der Entstehung der Geld-Obligation [5]). Bloße Anwendungen davon sind es, wenn 1. bei solchen Obligationen, welche nicht von Anfang auf eine Geldschuld lauten, und wenn ein Schade ersetzt werden soll, auf den Tag des Richterspruchs gesehen wird [6]), weil dadurch die Geldschuld entsteht; 2. bei Forderungen aus letzten oder sonst einseitigen Willenserklärungen, im Zweifel, auf die Zeit der Abfassung Rücksicht genommen wird [7]); 3. bei dem Wiederkaufe, mag die künftige Wiederkaufssumme bestimmt sein [8]) oder nicht [9]), die Zeit des Kaufkontrakts in Betracht kommt [10]); 4. bei jährlichen Leistungen die Zeit der Entstehung entscheidet [11]). Tritt eine andere Münze an die Stelle der damals gangbaren Münzsorten,

3) Nur dieses, nicht aber der Preis ist im §. 790 das. bestimmt. Ist streitig.

4) I, 16, §. 82; I, 11, §§. 778 ff. — Recht der Forderungen, §. 7, Bd. I. S. 58 ff. — Mathis, VII, S. 28, 30, 42. — Deklaration v. 27. Septbr. 1808, (Mathis, VII, S. 18). — Ed. v. 13. Decbr. 1811, §. 6 und Deklaration dieses §., vom 20. Februar 1812 (G. S S. 9). A. M. Bornemann III. S. 167 (2. A.).

5) I, 16, §. 74. — Ed. v. 29. März 1764, §. 10, Nr. 14. — K. O. v. 25. Octbr. 1825 (G. S. S. 227.) — Hymmen, VI, S. 67 ff. — Mathis, VII, S. 24 ff. — Pufendorf, Obs. IV, obs. 205. — J. G. Fr. Boehmer, de solutione debiti pecuniarii mutata nummorum bonitate intrinseca ex tempore natae obligationis aestimanda. Francof, 1762.

6) I, 16, §. 75. — Edikt vom 29. März 1764, §. 10, Nr. 14.

7) I, 12, §§. 450, 451. — Ed. v. 29. März 1764 a. a. O. — Hymmen, I, S. 65, Nr. 4. — L. 50, §. 3 D. de legat. I. — Kind, Qu. for. I, cap. 109.

8) I, 11, §. 309. — Stryck, Us. mod. XXVIII, 1, §. 54.

9) In diesem Falle gilt der jetzige Kaufpreis auch künftig. §. 296 das.

10) Räthlich ist es, die Taxe zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs als Preis zu verabreden.

11) c. 20 u. 26, X. de cens. (III, 39). — Boehmer, Exercitat. ad Pand. Tom. II, exerc. 40, §. 32. G. L. Böhmer, Rechtsfälle, Bd. I, Nr. 73.

so wird die in den Letztern zu zahlen gewesene Geldsumme auf die neue Münzsorte umgewandelt [12]). Ist zur Zeit des entstehenden Zweifels die ursprüngliche Münzsorte wegen Länge der Zeit ungewiß, oder die Verabredung dunkel: so wird die Münzsorte angenommen, in welcher die öffentlichen Abgaben zu entrichten sind [13]). Ist die Zahlung gleichförmig in einer schlechtern Münzsorte geleistet und ohne Vorbehalt angenommen worden, so findet wegen des Verlustes keine Nachforderung statt [14]), hinsichtlich des Kapitals oder des Rentenrechts selbst aber entsteht daraus im zweifelhaften Falle die Vermuthung, daß dasselbe in eben dieser Münzsorte bestehe [15]); steht die Münzsorte, in welcher ursprünglich abgeschlossen worden, unzweifelhaft fest, so entsteht durch die, wenn auch noch so lange fortgesetzte Leistung und Annahme der jährlichen Abgabe in einer schlechtern oder bessern Münzsorte allein keine Veränderung in dem Rechte für die Zukunft [16]). II. Die mora accipiendi hat keinen Einfluß, wenn nach der angebotenen Zahlung die Münzen abschlagen, weil dadurch die Schuld selbst nicht vergrößert wird und der Schuldner sich durch Niederlegung hätte befreien können.

§. 458.

bb) Besonders bei den verschiedenen Fällen des Darlehns.

Die große Meinungsverschiedenheit bei dem Darlehnskontrakte, in Beziehung auf Münzveränderungen, ist hauptsächlich daraus entstanden, daß man die verschiedenen Spezien des Darlehns nicht unterschieden hat. Der wahre Darlehnskontrakt besteht in der Gründung einer Geldschuld überhaupt, wobei auf die Münzen, welche zur Errichtung des Rechtsverhältnisses gebraucht (hingege-

---

12) II, 7, §. 483. — c. 26 X. de cens. (III, 39).

13) II, 7, §. 482. — Vor dem A. L. R. wurde der geringere Münzfuß angenommen. c. 18 X de cens. (III, 39). — L. 39, §. 6 D. de leg. I; L. 9, 34 D. de reg. jur.

14) I, 11, §§. 797, 798. Es wird Erlaß oder Vergleich angenommen Ed. vom 29. März 1764, §. 10, Nr. 17. — Vergl. Hommel, Obs. 5 Nr. 414, 222.

15) I, 11, §§. 799—802, 835. Vergl. L. 23 C. de usuris (IV, 32). Die gleichförmige Zahlung enthält eine Usualerklärung der Interessenten selbst.

16) Das folgt aus dem Grunde, warum eine Nachforderung für die einzelne Leistung nicht gemacht werden kann. Note 14. Wer zehn Mal erlassen hat, ist deshalb nicht schuldig, auch zum elften Male zu erlassen. I, 11, §§. 799, 800. Ueber verschiedene Meinungen gemeinrechtlicher Schriftsteller s. Recht d. Ford. Bd. II, S. 66 ff.

ben) worden sind, nicht gesehen wird. Die Zahlung einer Summe Geldes durch Hingabe einer Anzahl Münzen Seitens des Gläubigers ist nur die Form, durch welche die dabei getroffene Verabredung verbindliche Kraft erhält. Gleichwie durch die unter Hingabe von 1000 Thalerstücken getroffene Uebereinkunft, daß dadurch der Schuldner verbindlich werde, nach einer bestimmten Zeit und an einem gewissen Orte 900 Thaler zurückzuzahlen, der Schuldner wirklich nur 900 Thlr. aus dem Darlehnskontrakte schuldig wird, obgleich er doch 1000 empfangen hat, auf gleiche Weise kann der Schuldner umgekehrt zu einer größern Summe als er empfangen, verbindlich gemacht werden[17]), insofern nicht positive Verbotsgesetze entgegenstehen. Also, das Geld-Darlehn im Allgemeinen ist ein Rechtsgeschäft, durch welches von Anfang eine Geldschuld überhaupt, ohne Rücksicht auf einzelne Münzsorten, entsteht. In dieser Gestalt hat das Geschäft große Aehnlichkeit mit der Uebergabe einer verkauften Sache, wofür der Käufer das Kaufgeld schuldig bleibt. Das Gelddarlehn kommt aber häufig auch so vor, daß auf die Münzsorte gesehen und verabredet wird, es solle künftig die Rückzahlung genau in den nämlichen Münzsorten (nicht Stücken, denn das wäre kein Darlehn mehr) geschehen. Dieses Geschäft ist eine dem (uneigentlichen) Darlehn anderer fungibler Sachen sich nähernde Spezies des Gelddarlehns, welche besonders berücksichtigt werden muß, wenn über den Einfluß einer Münzveränderung zu entscheiden ist. I. Bei dem Gelddarlehn überhaupt kommt auf die einzelnen Münzsorten nichts an: sie gelten die Eine für die Andere als Zahlungsmittel, und es wird bloß auf den äußern Werth oder Courspreis zur Zeit der Zahlung gesehen, wenn dem Richter nicht etwa, mit Rücksicht auf die stattgefundene Veränderung, von dem Gesetzgeber ein Preis vorgeschrieben ist[17a]). Die Geldsumme, welche zu zahlen ist, bestimmt sich nach der Zeit des Kontrakts, und die Anzahl der Münzstücke, durch welche dieselbe dargestellt werden soll, nach dem Handels- (oder gesetzlichen) Preise der gefallenen Münzsorte, worin gezahlt werden soll[18]). II. Ist in dem Kontrakte die dem Schuldner gegebene

---

17) L. 122 pr. D. de verbor. obligat. (XLV, 1).

17a) Z. E. bei der Münzreduktion von 1807 u. 1808 durch das Ed. vom 13. Decbr. 1811 (G. S. S. 373); und durch die Dekl. vom 27. Septbr. 1808 §. 2, wonach der Richter auf eine Differenz unter 10 Prozent keine Rücksicht nehmen sollte.

18) I, 11, §§. 787—789. — I, 16, §. 82.

Münzsorte nicht in der Art, daß sie nur als Zahlmittel zur Errichtung einer Geldschuld überhaupt erwähnt worden ist, sondern in der Absicht genannt, daß künftig die Rückzahlung in derselben Sorte erfolgen soll: so wird sie wie eine Gattung fungibler Sachen überhaupt behandelt, bei welcher es nur auf die nämliche Beschaffenheit und Menge, nicht auch auf den Geldwerth ankommt; der Schuldner ist nicht befugt, in einer andern Sorte zu zahlen[19]), und wenn die schuldige Münzsorte, z. E. Gold, von ihm nicht zu erlangen ist, so kann der Gläubiger sein Interesse fordern, d. h. die Obligation wird nun erst in eine Geldschuld umgewandelt; oder er kann auch darauf bestehen, daß die Münzsorte, wenn sie noch im Umlaufe ist, durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners angeschafft und die Exekution auf Beitreibung der dazu erforderlichen Geldsumme gerichtet werde[20]). Hieraus folgt: 1. Ist die bestimmte Münzsorte nach ihrem Gehalte unverändert ausgeprägt worden und nur in ihrem äußern Werthe herabgewürdigt: so muß die Zahlung in derselben ohne Rücksicht auf den Preis zur Zeit der Zahlung angenommen werden[21]), wie bei uneigentlichen Darlehnen; hier hat jedoch die Zögerung Einfluß auf den Inhalt der Leistung[22]). 2. Ist die Münzsorte in geringerem Gehalte ausgeprägt worden und sind noch Stücke von dem Gehalt zur Zeit der Entstehung der Obligation neben den schlechteren im Umlaufe[23]): so müssen Stücke von dem alten Gehalt gegeben werden; sind solche nicht mehr im Verkehr, so muß die Obligation in eine allgemeine Geldschuld umgewandelt werden, wobei auf den Handelspreis (Cours) der verschriebenen Münzsorte zur Zeit des Kontrakts gesehen, und die sich darnach ergebende Geldsumme damaliger Zeit auf die dem Feingehalte der Münzen jener Zeit entsprechende Geldsumme der Gegenwart zurückgeführt wird[24]). 3. Soll in

19) I, 11, §. 783. — Ed. v. 9. Mai 1765, Nr. XV (N. C. C. Tom. III, S. 869).

20) Es ist zu verfahren, als wenn z. E. Weitzen oder Pfandbriefe an den Gläubiger überliefert werden sollen. V. I, v. 4. März 1834, §. 9. Vergl. A. G. O. I, 24, §§. 55—57.

21) I, 11, §§. 790 u. 854. — Ed. v. 9. Mai 1765, Nr. XV, XXII b.

22) I, 11, §§. 859, 860. — L. 22 D. de reb. cred. (XII, 1).

23) Dieses ist jetzt z. B. der Fall mit den Zwölfteltbalerstücken: die seit 1843 neu geprägten sind Scheidemünze.

24) I, 11, §§. 787, 788, 789. — L. 24, §. 1 D. de pignorat. act. XIII, 7). Leyser, Spec. 529, m, 13 u. 21.

fremden Münzsorten gezahlt werden, welche an dem Zahlungsorte nicht zu haben sind, so wird die Schuld, nach demselben Grundsatze, d. h. nach dem Course des Zahlungsortes zur Zeit des geschlossenen Kontrakts, in eine gewöhnliche Geldschuld verwandelt, und diese in der vorgedachten Weise getilgt[25]). 4. Ist die Rückzahlung in Papiergelde[26]) ausbedungen, oder sollen Aktien, Pfandbriefe oder andere an jeden Inhaber zahlbare Papiere zurückgegeben werden: so kommt auf ihren Courswerth zur Zahlungszeit wieder nichts an[27]), vorausgesetzt, daß sie noch die alte rechtliche Geltung haben, d. h. daß die Verbindlichkeit der Anstalten, welchen die Einlösung obgelegen, nicht ganz oder auch nur theilweise durch Machtspruch aufgehoben worden ist; denn in diesem Falle sind dergleichen Papiere in der bedungenen Beschaffenheit nicht mehr vorhanden und es muß zur Umwandlung in eine gewöhnliche Geldschuld kommen, wobei, wie in den vorgedachten Fällen, der Courswerth zur Zeit des geschlossenen Kontrakts die Geldsumme bestimmt, welche mit den Zahlmitteln der Gegenwart, soviel davon nach ihrem Preise zur Erfüllung derselben erforderlich sind, entrichtet wird[28]). Sind dergleichen Papiere bei Kontrahirung der Schuld bloß in Zahlung gegeben worden, so kommt überhaupt auf den Cours oder auf das Dasein derselben zur Zeit der Erfüllung nichts an, weil dann eine gewöhnliche Geldschuld vorhanden und nach der Regel 1 zu tilgen ist[29]). 5. Daß übrigens auf beiderlei Arten alternativ, nach der Wahl des Gläubigers oder auch des Schuldners, abgeschlossen werden kann, versteht sich ganz von selbst; in diesem Falle ist eine alternative Obligation vorhanden (§. 455).

---

25) I, 11, §§. 785, 786. — Ed. v. 29. März 1764, §. 10, Nr. 4, 6.

26) J. L. A. Seidensticker Spec. doctr. de jure monetae chartaceae. Jenae 1807. — Hufeland, rechtliches Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bancozettel in Tirol entstandenen Rechtsstreitigkeiten, 1807 (ohne Druckort).

27) I, 11 §§. 854, 793. — Hommel, Rhapsod., obs. 514. — Hinsichtlich des Darlehns jedoch s. u. §. 613.

28) I, 11, §§. 794, 795.

29) I, 11, §. 796. — Decl. vom 4. April 1811 (G. S. S. 169). — Decl. vom 28. Dec. 1811 (G. S. 1812, S. 1). — Simon Rechtsspr. I, S. 188.

3) Erweiterung des Gegenstandes.

a) Zinsen.

A. L. R. I, 11 §. 803—852. — I, 16 §. 64—71. — **Donellus** Tr. de usuris, fructibus et mora; in Oper. priorib. Frankf. a/M. 1589, p. 1, und in ed. Lucensi opp. Vol. VIII, p. 359 sqq., und Vol. X p. 1377 sqq. — **Noodt** de foenore et usuris libri tres. Lugd. Bat. 1698; und in Opp. Lugd. Bat. 1724, Tom. I, p. 175 sqq. — Jo. Heinr. **Berger** de usuris, Vit. 1685, und in Diss. sel. no. IX. — **Salmasius** de usuris. Lugd. Bat. 1639. 8.

§. 459.

aa) Begriff derselben.

Zinsen (foenus, usurae) nennt man im Allgemeinen das Entgeld für den Gebrauchswerth von verbrauchbaren Sachen auf eine gewisse Zeit [1]), im engern Sinne versteht man darunter eine in Sachen **derselben** Art bestehende und nach Quoten bestimmte Vergütung des Gebrauchswerthes [2]). Die in Sachen anderer Art bedungenen Zinsen dürfen nach ihrem Werthe das erlaubte Zinsenmaß nicht übersteigen [3]). Sie werden nach Preußischem Rechte als eine Art Nutzungen angesehen [4]), nicht, wie nach G. R., als eine Art Früchte [5]); sie entstehen nicht von selbst aus der Sache, vielmehr nur aus einem mit derselben verbundenen besonderen Rechtsgrunde [6]), haben aber alsdann, als eine Art von Nutzungen, die Natur der Accessionen [7]). Als solche sind sie nicht ohne eine Hauptsache (Kapital, Hauptstuhl, Hauptstamm, sors, caput) denkbar; eine Zinsenstipulation ohne Dasein eines Kapitals würde wirkungslos sein [8]). Ist dieses unstreitig vorhanden, so wird die

---

1) I, 11, §§. 810, 812, 857.

2) Ebend. §§, 804, 835. Bei uneigentlichen Darlehen nennt der §. 855 die in Sachen derselben Art ausbedungene Vergütung „statt der Zinsen". Vergl. L. 23, 12, 16 und 17 C. de usuris (IV, 32); L. 11, §. 1 D. de pignor. (XX, 1).

3) I, 11, §§. 812—814, 857. — L. 14, 16 C. de usuris (IV, 32).

4) I, 7, §§. 192, 232; I, 12, §. 408; I, 21, §. 170.

5) L. 34 D. de usuris (XXII, 1). — S. o. §. 96 a. E., Bd. I, S. 223.

6) L. 121 D. de verb. sign. (L. 16), verb. mit I, 11, §§. 824, 109, 291.

7) S. o. §. 96, Bd. I, S. 222. — L. 40 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 18 D. qui potiores in pignore (XX, 4).

8) L. 26, §. 2 D. de condict. indebiti (XII, 6).

Entstehung der Nebenverbindlichkeit aus einer, mehrere Jahre wiederholten, Zinsenzahlung nach R. R. vermuthet[9]). Daraus ist das aus dem G. R. in das A. L. R. übergegangene Dogma entstanden, daß, wenn eine gewisse Summe zehn Jahre hindurch als Zinsen eines schuldigen Kapitals bezahlt worden, die Vermuthung entstehe, daß der Zahlende das Kapital selbst als ein Darlehn schuldig sei[10]), wenngleich kein Schuldschein vorgezeigt werden kann[11]); und daß, wenn solche Zahlung durch dreißig Jahre geleistet worden, das Kapital selbst, vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechts, gefordert werden kann[12]). Die Zahlung muß jedoch in jedem Jahre besonders geleistet sein; Vorauszahlungen oder Nachzahlungen für mehrere Jahre zusammen zählen nicht als soviel Zahlungen, wie Jahre zusammengefaßt sind[13]). Ist die Summe des Kapitals in den Quittungen nicht angegeben und auch nicht auszumitteln, so wird sie durch Annahme des landüblichen Zinsfußes gefunden[14]); ist die gezahlte Zinsensumme nicht alle Jahre gleich gewesen und liegt der Unterschied nicht in einem Erlasse, so ist die geringste Summe, welche in ununterbrochener Reihe durch die erforderliche Anzahl von Jahren gezahlt worden ist, maßgebend, weil die mindere Zahlung die Verjährung der höhern unterbricht.

bb) Entstehung der Zinsenverbindlichkeit.

J. H. Boehmer, de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae, Halae 1728; und in Exercitationes ad Pand. Tom. IV, p. 87 sqq. — Franz Alef de genuinis fundamentis usurarum. Heidelb. 1758. — Weber, über die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen. In den Versuchen über das Civilrecht, Nr. 3.

---

9) L. 6 pr. D. de usuris (XXII, 1); L. 7 C. eod. (IV, 32).

10) I, 11, §. 837, nach Brunnemann, Commentar. ad L. 28 C. de pactis, no. 9.

11) §. 838 a. a. O. — Leyser Spec. 243 m. 8.

12) §. 839 a. a. O. — Ueber die Geschichte dieses Satzes s. Recht der Ford. §. 9, Bd. I, S. 91 ff. und die neuere ausführliche Abhandlung v. Keller, in Sell's Jahrbüchern, Bd. III, S. 171 ff.

13) Sonst würde durch eine einmalige Zahlung möglicher Weise die Vermuthung begründet und beziehlich die Verjährung angefangen und zugleich vollendet werden können. Vergl. Godofred. ad L. 6 de usuris, n. 21 und 25.

14) I, 11, §. 840. Man vermuthet das Mindeste; je höher der Zinsfuß je milder für den Schuldner bei Findung des Kapitals.

§. 460.

a) Gesetzliche Zinsen (usurae legales).

Der Grund der Zinsenobligation ist entweder eine Rechtsregel, oder eine Willenserklärung [1]). Diese beiden Hauptarten der Zinsen umfassen alle Fälle. I. Die gesetzlichen Zinsen beruhen auf dem Grundsatze: daß demjenigen, welchem ein Anderer die Benutzung einer Summe rechtsverletzend entzogen hat, dafür Ersatz zu leisten ist, welcher in den gewöhnlichen Zinsen besteht, außer welchen der Gläubiger keinen weitern Schadensersatz fordern kann [2]). Dagegen war reichsgesetzlich gestattet, statt der landüblichen Zögerungszinsen das ganze Interesse zu fordern, welchen Rechtssatz das A. L. R. mit einer Modelung, die ihn fast unpraktisch macht, aufgenommen hat, indem der Gläubiger nur alsdann, wenn, bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, statt der Zögerungszinsen oder der Konventionalstrafe, zwar nicht, wie es nach der allgemeinen Regel sein müßte, das ganze Interesse, sondern Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens soll verlangen können [2a]). Dahin gehört: 1. der Fall der mora solvendi, wo der Ersatz des Interesses, wenn er nur in den gewöhnlichen Zinsen besteht, Verzugszinsen oder Zögerungszinsen heißt [3]). Dergleichen Zinsen sind auch die sogenannten Judikatszinsen (usurae rei judicatae) [4]), d. h. solche Verzugszinsen [4a]), welche nicht mit eingeklagt worden sind und auf welche auch der Richter nicht erkannt hat. Diese können vom

---

1) „Usurae vel ex obligatione (Willenserklärung) vel ex officio judicis (Rechtsregel) proficiscuntur." L. 49, §. 1 D. de act. emt. (XIX, 1). — L. 54 pr. D. locati (XIX, 2); L. 58 pr. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1). — Fragm. Vat. §. 2.

2) I, 11, §. 833. — L. 60 pr. D. pro socio (XVII, 2).

2a) §. 834 a. a. O. — R. D. A. v. 1600, §. 139. — Meinung des Reichs-K. G. nach einem Schr. aus Speyer v. 1655, bei v. Meiern Gedanken S. 133, und Hugo civil. Mag. II, S. 193. Dadurch, daß das L. R. dem Gläubiger den Beweis über den Geldvorrath des Schuldners aufbürdet, wird die verbesserte Satzung unbrauchbar. Vergl. unten III, 1, S. 25.

3) I, 11, §§. 827—829; I, 12, §§. 294, 328—331; I, 16, §§. 61—69, 71; I, 17, §§. 48, 49. — L. 32, §§. 2, L. 37 D. de usuris (XXII, 1); L. 60 pr. D. pro socio (XVII, 2); L. 24 D. depositi (XVI, 3); Gajus II, §. 280; Paulus III, 8, §. 4.

4) Zoller, de usuris rei judicatae. Lips. 1778.

4a) Zuerkannte Conventionalzinsen verlieren ihre rechtliche Natur nicht, weil das Urtel nicht novirt, sie verjähren also auch in der 4j. Frist. Vergl. Pr. 2199, v. 1. März 1850 (Entsch. XX, 120.

Ablaufe der in dem Urtel bestimmten Frist[5]), oder, wenn das Urtel keine Frist giebt, mithin sogleich erfüllt werden muß, vom Tage des ergangenen Urtels an gefordert und eingeklagt werden, so lange noch nicht über das erstrittene Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist[6]). 2. Eine Anzahl Fälle, wo nicht die Mora der Grund des Interessenersatzes ist. a) Der Käufer muß von der vertragsmäßig geleisteten Uebergabe der Sache an das ohne Bewilligung des Verkäufers rückständig gebliebene Kaufgeld verzinsen[7]), weil er sonst dem Verkäufer wider dessen Willen den Gebrauch der Sache und der Geldsumme zugleich entzieht; an solcher Widerwilligkeit des Verkäufers fehlt es aber, wenn Zahlungstermine, ohne Zinsen vorzubedingen, verabredet worden sind[7a]), oder wenn auf den Fall der Nichterfüllung einer gewissen Zusage dem Käufer das Recht vorbehalten ist, das Restkaufgeld bis zur vollständigen Genügeleistung zurückzuhalten[7b]). Umgekehrt muß aus gleichen Gründen auch dem Käufer das bezahlte Kaufgeld verzinset werden, wenn die Uebergabe verzögert, oder wenn der Kauf aufgehoben, oder wenn ihm die übergebene Sache entwährt wird[8]). Diese Verpflichtung zur Verzinsung des Kaufpreises beruht durchaus nicht auf Mora[9]). Deshalb fällt dieselbe nicht

---

5) Ueber dieses **legitimum tempus** und dessen Geschichte s. Recht der Ford. §. 10. Die Vorschrift der alten Gesetze, eine solche Frist zu bestimmen, ist in die A. G. O. I, 24, §. 2; I, 28, §. 7; I, 13, §. 36 nicht übergegangen; die Praxis ist aber davon noch nicht ganz entwöhnt. An die Stelle dieses **legitimum tempus** ist im heutigen Recht die Kündigungsfrist getreten, weshalb es eigenmächtige Willkühr des Richters ist, in seinem Urtel dem Verurtheilten, ohne einen besondern Rechtsgrund, eine nochmalige Frist zu geben. Der J.-M. hat dies auch in einem Erlaß vom 13. Juni 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 485) gemißbilligt.

6) I, 11, §. 845. — A. G. O. I, 14, §§. 7 und 9; I, 24, §. 2; I, 35, §. 33. S. u. Note 29 und 30. Pr. (Pl.-Beschl.) des Otr. 1605, v. 12. Sept. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 3). Besondere Anwendungen davon sind: I, 11, §. 821; I, 7, §. 231; I, 16, §. 66; I, 11, §. 1079; Gesetz v. 7. Juli 1833, §. 3 (G. S. S. 79).

7) I, 11, §§. 109, 227, 291, 292. — Papinian in Fragm. Vat. §. 2. — Vergl. L. 13, §. 20 D. de act. emti (XIX, 1); L. 18, §. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 2 C. eod. (IV, 32); L. 5 C. de act. emti (IV, 49). — Weber, Versuche über das Civilrecht, Schwerin 1801, S. 255, und Allgemeine Lit.-Zeit. 1839, Sp. 206.

7a) Pr. 1742, vom 9. April 1846. (Entsch. Bd. XIII, S. 178).

7b) Pr. 62, v. J. 1833.

8) I, 5, §. 164; I, 11, §§. 110, 116, 233—236, 254—256, 260, 297, 157, 163. — L. 29, §. 2 D. de aedil. ed. (XXI, 1); L. 27, §. 1; L. 40, §. 1 D. de minor. (IV, 4).

9) Der §. 227, I, 11 nennt zwar die Zinsen Zögerungszinsen, doch wird damit nicht der wahre Rechtsgrund bezeichnet. Das Otr. rechnet den Fall zu

weg, wenn der Kauf wegen Ungültigkeit wieder zurückgeht, selbst wenn der Inhaber der Sache für einen unredlichen Besitzer erklärt wird[10]), oder wenn der Käufer wegen bevorstehender Evictionsansprüche, oder wegen angelegten Arrestes, oder weil der Verkäufer die Annahme des Kaufgeldes an dem bestimmten Zahltage versäumt oder aus einem unerheblichen Grunde verweigert, die Zahlung zurückzuhalten berechtigt ist; will er sich befreien, so muß er deponiren[11]). Von derselben Art sind auch die Zinsen, welche Kaufleute unter einander von dem jedesmaligen Saldo, und von Nichtkaufleuten von dem unbezahlten Kaufgelde für ausgenommene Waaren fordern können; nur tritt bei Letzteren, wegen des Gebrauchs, daß man bei dem Verkaufe auf Borg das Interusurium auf ein Jahr aufzuschlagen pflegt, eine Modifikation ein[12]). b) Dem Bevollmächtigten und dem Geschäftsführer mit und ohne Auftrag müssen die für den Geschäftsherrn zur Erfüllung von Verbindlichkeiten gemachten baaren Vorschüsse verzinset werden, wenn auch keine Einforderung oder Benachrichtigung vorausgegangen, mithin kein Verzug eingetreten ist[13]). c. Der Verwalter fremder Gelder muß Zinsen zahlen, wenn er Gelder, welche er hätte zinsbar austhun sollen und können, müßig liegen läßt, weil er dadurch rechtsverletzend dem Andern den Gebrauchswerth entzieht[14]). d. Wer vorsätzlich oder gegen ein Verbotsgesetz fremdes

---

den „gewissen Geschäften", bei welchen in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen Zinsen zu entrichten sind. Pr. 1258, vom 21. Januar 1843. Vergl. u. zu Note 22.

10) Schlef. Arch. Bd. V, S. 381; Recht der Ford. Bd. III, §. 322, Nr. II, 3.

11) I, 11, §§. 111, 222, 228. — Weber Versuche III, §. 7. — Pr. des Otr. 1029, vom 20. August 1841.

12) S. o. §. 415, Nr. I, Bd. I, S. 743. Die Quelle des A. L. R. II, 8, §§. 684—689 ist ein altes Edikt vom 21. Nov. 1712, wodurch zuerst das Schwankende zwischen den verschiedenen Meinungen beseitigt wurde. S. diese im Recht der Ford. §. 10, Bd. I, S. 104. Den Krämern in Dörfern, Hausirern, Trödlern und Viktualienhändlern räumt man das Recht, nach Ablauf eines Jahres Verzinsung zu fordern, nicht ein, man fordert dazu den Nachweis der Einmahnung oder des Tages, bis zu welchem Kredit gegeben worden. II, 8, §. 486. Pr. des Otr. 225, vom 22. April 1837. Dieß paßt nicht mehr.

13) I. 13, §. 72; I, 17, §. 225; II, 18, §. 261. — L. 12, §. 9 D. mandati (XVII, 1); L. 19, §. 4 D. de negotiis gestis (III, 5). Die in §§. 70, 71 und 73, Tit. 13, gedachten Zinsen sind eigentliche Zögerungszinsen und gehören nicht hierher.

14) I, 14, §. 140; I, 17, §. 224; II, 18, § 878. — L. 17, §. 7, L. 38, §. 1 D. de usur. (XXII, 1); L. 19, §. 4, L. 31, §. 3, L. 37, §. 1 D. de neg. gest. (III, 5); L. 7, §§. 3, 11, 12; L. 10, 15, 58, §. 1 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7); L. 24 C. de usuris (IV. 32).

Geld in seinen Nutzen nimmt, z. B. einem Andern die Zahlung einer Geldsumme widerrechtlich, d. h. ohne einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Zahlung zu haben, abnöthigt, sollte er sich auch in Ansehung seines Rechts auf die Forderung in einem Irrthume befunden haben, muß, wegen der Rechtsverletzung, vom Tage der Hinnahme an, die höchsten erlaubten Zinsen zahlen[15]. e. Wer sich mit dem Moratorium schützt, übernimmt dadurch eine regelmäßige Verzinsung der dem Gläubiger vorenthaltenen Summe[16]. — Das dem Fiskus zugestandene Privilegium, ohne Versprechen, ohne Mahnung und ohne Zahlungstag zu Zinsen befugt zu sein[17], ist in neuerer Zeit aufgehoben[18]. II. Die Regel hat drei Ausnahmen. 1. Bei Schenkungen finden nur Judikatzinsen statt; die Erben des Geschenkgebers aber müssen gewöhnliche Verzugszinsen zahlen, und wenn ein verzinsliches Kapital geschenkt worden ist, muß auch der Geschenkgeber selbst die nach eingetretenem Verzuge noch erhobenen Zinsen herausgeben[19]. 2. Bei Schulden des Fiskus. Das Römische Privilegium, welches den Fiskus von allen Zögerungszinsen freispricht[20], galt auch im alten Preußischen Recht[21]. Die neueste Gesetzgebung hat solches wesentlich abgeändert. Man hat die vorhin bezeichneten zwei Arten von gesetzlichen Zinsen, nämlich die eigentlichen Zögerungszinsen von den andern gesetzlichen Zinsen, zu unterscheiden. In Ansehung der Letzteren, so wie der vorbedungenen Zinsen, ist der Fiskus nunmehr den allgemeinen Rechtsregeln unterworfen; hinsichtlich

---

15) I, 16, §. 194; I, 14, §. 87; I, 17, §. 224; II, 18, §. 486; I, 7, §. 232. — Simon, Rechtsspr. I, S. 19; Pr. des Obertrib. 1799 (Pl.-Beschl.) vom 20. November 1846. (Entsch. Bd. XIV, S. 12.) — L. 28 i. f. D. depositi (XVI, 3); L. 10, §. 3, D. mandati (XVII, 1); L. 1, §. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 1 C. eod. (IV, 32); L. 7, §§. 4, 10, 12 D. de administrat. tut. (XXVI, 7). — Der Fall des §. 195, Tit. 16, Th. I gehört zu den eigentlichen Zögerungszinsen. Plenarbeschl. des Obertrib. v. 24. Aug. 1840 (Min.-Bl. S. 366 u. Entsch. V, 283).

16) A. G. O. I, 47, §. 38.

17) Kab.-Ordre v. 28. Okt. 1799 (N. C. C. Tom. X, S. 2687; Rabe V, S. 629). — L. 43 D. de usuris (XXII, 1).

18) Gesetz v. 7. Juli 1833, §. 1 (G.-S. S. 79).

19) I, 11, §. 1079—1081. — L. 22 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 16 pr. D. de usuris (XXII, 1). Die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen waren verschieden. S. darüber Recht der Ford. §. 10, Nr. III, Bd. I, S. 111 flg. — Kind, Qu. for. Tom. II, cap. 55, p. 298.

20) L. 17, §. 5 D. de usuris (XXII, 1).

21) Brand. Landtags-Rezeß vom 26. Juli 1653, §. 27. — Kab.-Ord. vom 28. Okt. 1799 (Note 17). Anh. zum A. L. R. §. 26.

der eigentlichen Zögerungszinsen ist er in Friedenszeiten gleichfalls den Privatpersonen völlig gleichgestellt; dagegen ist er während der Dauer eines Krieges von den vorher noch nicht festgestellten oder während des Krieges fällig werdenden Forderungen nur Judikatzinsen schuldig[22]. 3. Bei Strafen an den Fiskus[23]. III. Von den gesetzlichen Zinsen überhaupt, also auch von den dazu gehörigen eigentlichen Zögerungszinsen, gelten folgende Grundsätze: 1. Sie sind nicht wirkliche Zinsen, sondern das nach dem Maße der üblichen Zinsen, welche im ganzen Lande, ohne Rücksicht auf eine in Provinzialrechten erlaubte höhere Quote, zu Fünf Prozent angenommen werden[24], geschätzte Interesse, woher es kommt, daß nicht die von Zinsen, sondern die vom Schadensersatze geltenden Regeln zur Anwendung kommen. Daraus folgt: a) daß, wenn geringere Zinsen vorbedungen sind, vom Tage des Verzugs landübliche Zinsen gefordert werden können[24a], wenn aber erlaubte höhere Zinsen versprochen sind, es dabei verbleibt[25]. Ein wirklicher Schade von höherem Betrage kann zwar, doch nur im Falle des Vorsatzes oder eines groben Versehens[26], oder wenn der Betrag vorher vertragsmäßig festgesetzt worden ist, in diesem Falle jedoch nicht über Sechs Prozent[27], gefordert werden. b) Daß die Zögerungszinsen und das höhere Interesse nicht zugleich gefordert werden dürfen[28]. 2. Sie haben eine durchaus accessorische Natur und müssen deshalb mit der Hauptschuld zugleich eingefordert, können also nicht allein und ohne das Kapital verlangt, und wenn sie mit Stillschweigen übergangen sind, oder wenn die Hauptschuld, mag diese vorher ausgeklagt worden sein oder nicht,

---

22) Gesetz vom 7. Juli 1833 (G. S. S. 79); Gesetz vom 7. März 1845 (G. S. S. 158). — Zinsen für durch Exekution der fiskalischen Behörden abgenöthigte Summen, welche er zurückzahlen muß, fallen unter die gesetzlichen Zinsen. S. u. §. 740 a. E.

23) Gesetz vom 7. Juli 1833, §. 1. — Landtags-Rezeß v. 26. Juli 1653, §. 27. — L. 1 C. de fiscal. usur. (X, 8).

24) V. v. 2. Juni 1827 (G. S. S. 76); Kab.-Ordre vom 10. Mai 1828 (v. K. Annal. Bd. XII, S. 316); K. O. v. 3. Februar 1833 (G. S. S. 15).

24a) I, 11, §. 831. Diese verjähren dann nicht in der für die Konventionalzinsen vorgeschriebenen Zeit. Pr. 616 vom 11. März 1839 (Pl.-Beschl.) u. Pr. 1731 vom 9. April 1846 (Pl.-Beschl.) (Entsch. IV, 280 u. XII, 17.)

25) V. v. 2. Juni 1827, §. 3 (G. S. S. 76). — Gesetz vom 15. Februar 1809 (Klein, Annal XXVI, S. 260; Rabe, Bd. X, S. 39).

26) I, 11, §§. 834, 835; I, 6, §§. 7, 10—14. S. o. Nr. I u. Note 2a.

27) I, 11, §. 825. Im Falle des Dolus und groben Versehens kann auch hier der höhere Schade gefordert werden. §. 834 a. a. O.

28) Ebend. §. 833. — Leyser Spec. 250, cor. 3. Vergl. o. Note 2a.

ohne Vorbehalt quittirt worden ist[28a]), auch nicht mit einer neuen Klage nachgefordert werden[29]). Sind in der Klage keine gesetzlichen Zinsen (Schadensersatz) gefordert und der Richter hat auch keine ex officio zugesprochen, oder sind sie zwar gefordert, aber der Richter hat sie übergangen: so gelten sie für aberkannt und es kann deshalb nur das zulässige Rechtsmittel, aber keine neue Klage angebracht werden[30]). Sind gesetzliche Zinsen ausdrücklich oder stillschweigend aberkannt, so kann der Gläubiger noch Judikatzinsen fordern[31]). Ist die Zahlung der Hauptschuld angenommen und ohne Vorbehalt quittirt, so findet die Nachforderung nicht zuerkannter gesetzlicher Zinsen in keinem Falle statt, mag ein Prozeß gewesen sein oder nicht[32]), sind aber dergleichen Zinsen zugesprochen, so hindert die Quittung ohne Vorbehalt über den Hauptstuhl oder die Rückgabe des Schuldscheins nicht, die noch rückständigen Zinsen nachzufordern, weil sie in diesem Falle als ein gleichartiger Theil der Forderung aus dem rechtskräftigen Urtel, dem noch nicht völlig Genüge geleistet worden, anzusehen sind[33])

§. 461.

β. Vertragsmäßige Zinsen (usurae conventionalis).

I. Das Zinsenversprechen erfordert die schriftliche Form, ein mündlicher Vertrag giebt kein Klagerecht[1]). Die testamentarisch verschriebenen Zinsen (usurae testamentariae) sind eine Art vertragsmäßiger, weil die Annahme der Erbschaft unter den testamentarischen Bedingungen einen Vertrag enthält[2]). In dem Falle,

---

28a) Pr. des Obertrib. 1336, v. 9. Sept. 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 225).

29) I, 11, §. 845. — Entscheid. des Obertrib. Bd. IV, S. 291. — Plenarbeschl. v. 12. Septbr. 1845 (J. M. Bl. S. 206 u. Entsch. Bd. XI, S. 3). — Vergl. L. 13 C. de usuris (IV, 32); L. 4 C. depos. (IV, 34); L. 54 pr. D. locati (XIX, 2); L. 49, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1).

30) I, 11, §. 848. Vergl. den Plenarbeschl. v. 12. Septbr. 1845. Nur vorbedungene Zinsen können mit einer neuen Klage nachgefordert werden, weil sie einen selbstständigen Grund haben. §. 847 a. a. O.

31) I, 11, §. 845. S. o. Nr. I, 1 u. die Noten 5 u. 6. — War bestritten. Brunnemann ad L. 1 C. de usuris nr. 3. — Leyser Spec. 244, m. 7.

32) I, 11, §. 845. Pr. 1336 (Note 28a). — L. 49, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1).

33) I, 11, §. 844. Vergl. dasselbe Pr. 1336. Ist aber doch inkonsequent, da das Urtel nicht novirt. Vergl. o. Note 4a.

1) I, 5, §. 136; I, 11, §. 729, 824.

2) §. 5 J. de oblig. quae quasi ex contractu (III, 27 [28]). — L. 3, §. 6 D. de ann. leg. (XXXIII, 1).

wo aus der fortgesetzten Zinsenzahlung die einstmalige Begründung der Hauptschuld vermuthet, oder die Verjährung derselben als vollendet angesehen wird, ist in gleicher Weise auch die Zinsenobligation als rechtsgültig bestehend anzunehmen. Ist in dem Zinsenversprechen nicht der Zinsfuß ausgedrückt, so nimmt man landübliche Zinsen an[3]). II. Es macht hinsichtlich der Wirkungen keinen Unterschied, ob das Zinsenversprechen bei der Begründung des Hauptschuld-Verhältnisses gegeben, oder erst später hinzugefügt wird: in beiden Fällen ist eine für sich bestehende Klage statthaft, so lange noch nicht ohne Vorbehalt über das Kapital quittirt worden ist[4]); durch die Quittirung des Kapitals ohne Vorbehalt aber erlöscht die ganze Zinsenobligation auch hinsichtlich etwaniger Rückstände, diese werden für bezahlt oder erlassen erachtet[5]), mag über die Zahlung des Kapitals und der Zinsen ein Erkenntniß ergangen sein oder nicht[6]).

§. 462.

cc) Aufhebung der Zinsenverbindlichkeit.

I. Die zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden einzelnen Leistungen werden getilgt: 1. **durch Zahlung**, welche in der Münzsorte des Kapitals geleistet werden muß[1]), wenn die Zinsen nicht in andern Sachen, deren Geldwerth jedoch das erlaubte Zinsenmaß nicht überschreiten darf, ausbedungen sind[2]). Sind die Zahlungszeiten nicht verabredet, so werden jährliche Termine verstanden, und wenn das Kapital gezahlt wird, so müssen die Zinsen alle Mal mit entrichtet werden[3]). Eine Quittung ohne Vorbehalt über einen Zinsentermin begründet die rechtliche Vermuthung

---

3) I, 11, §. 841. — L. 10, §. 3 D. mandati (XVII, 1); L. 37 D. de usuris (XXII, 1); L. 39, §. 1 D. de leg. I.

4) I, 11, §. 847. War gemeinrechtliche Praxis. **Stryck**, Us. mod. XXII, 1, §. 8; **Carpzow**, Jurispr. for. P. II. const. 20, def. 12 u. 47 u. A.

5) I, 11, §. 843. — War streitig. **Berger**, Consil. nr. 635.

6) Der §. 844 macht ausdrücklich nur hinsichtlich der Verzugszinsen einen Unterschied zwischen zuerkannten und nicht zuerkannten, und zwar im Gegensatze („dagegen") zum §. 843, der bei den vorbedungenen Zinsen nicht solche Unterscheidung macht. Vergl. die Note 6 zu dem folg. §. 462.

1) I, 11, §§. 835, 836. — **Behmer**, Nov. jus. controvers. II. obs. 110. **Lauhn**, de usuris, eadem in bonitate cum sorte solvendis. Jenae 1763.

2) I, 11, §§. 803, 855, 857. — L. 16, 17 C. de usuris (IV, 32). — **Leyser** Spec. 243, m. 3, 4.

3) I, 11, §§. 822, 823. Bei Rückzahlungen zuerst die bis dahin laufenden Zinsen vom Ganzen.

daß bis dahin alle frühern Termine berichtigt worden sind[4]), gleichviel, ob der ohne Vorbehalt quittirte Termin durch Zahlung oder sonst wie getilgt worden ist[5]). Der Beweis der bloßen Zahlung, oder der Vermerk der Zahlung in den Hausschriften des Gläubigers, ohne Ertheilung einer solchen Quittung, begründet die Vermuthung nicht. 2. Durch Erlaß. Ein stillschweigender Erlaß der nicht bezahlten Zinsen wird angenommen, wenn über das Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt worden ist[6]). 3. Durch Verjährung. Jeder einzelne rückständig verbleibende Zinsentermin, nicht aber etwa auch das Interesse, welches unter dem Namen von gesetzlichen und Zögerungszinsen zu erstatten ist, verjährt binnen vier Jahren, vom Verfalltage an gerechnet[7]). II. Die ganze Zinsenobligation oder die Verbindlichkeit für die Zukunft erlischt: 1. durch Tilgung der Hauptschuld[8]); 2. durch Verjährung des Hauptrechts, womit auch die Forderung der allerletzten Termine wegfällt, weil das ganze Rechtsverhältniß erloschen ist[9]); 3. durch dreißigjährigen Nichtgebrauch[10]) 4. Eine besondere Aufhebungsart für die Verbindlichkeit, Zöge-

---

4) I, 11, §. 842. — Leyser, Spec. 530, m. 16.

5) I, 16, §. 134. — Leyser, l. c. m. 13.

6) I, 11, §§. 843, 847. Durch eine solche Quittung wird das ganze Rechtsverhältniß aufgehoben, mag der Gläubiger Alles, was ihm daraus zugestanden haben würde, vollständig erhalten haben oder nicht: es wird „für bezahlt oder erlassen erachtet." Eine dem Wortverstande wie den zum Grunde liegenden Rechtsansichten widersprechende Auslegung von dieser sehr klaren Bestimmung macht das Tribunal in seiner Bd. IV, Nr. 34, S. 336 der Entsch. mitgetheilten Entscheidung, wonach durch diesen Rechtssatz eine bloße Vermuthung begründet sein soll.

7) Gesetz v. 31. März 1838, §. 2, Ziff. 5 (G. S. S. 250). I, 9, §. 545. Früher erst in 10 Jahren. I, 11, §. 849. — Ueber den ehemaligen Streit: ob auch Zögerungszinsen in dieser kurzen Frist verjähren, s. Recht der Ford. §. 12, Nr. I, 3, Bd. I, S. 127 flg., und Plenarbeschl. des Obertrib. vom 11. März 1839 (Entsch. Bd. IV, S. 280). Der Pl.-Beschl. des Obertrib. vom 9. April 1846 (Pr. 1731, Entsch. Bd. XII, S. 17) bezieht jedoch die Ausschließung der Verjährung nicht auf den Grund der Forderung, sondern unjuristisch auf den Betrag, indem nur die durch den Verzug begründeten Mehrzinsen dieser Verjährung nicht unterworfen sein sollen. Betragen also die vorbedungenen Zinsen ebensoviel wie die üblichen, so kann der Gläubiger aus dem Grunde der Mora keine Schadloshaltung fordern. Darin ist keine Jurisprudenz. — Hinsichtlich der Zinsen von Staatsschuldscheinen war die vierjährige Verjährung schon durch V. vom 17. Januar 1820, §. XVII (G. S. S. 15) vorgeschrieben.

8) A. L. R. Einleitung, §. 108. — L. 18 D. de novat. (XLVI, 2); L. 7, L. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 19 C. eod. (IV, 32).

9) I, 9, §§. 568 569. — L. 26 pr. C. eodem.

10) I, 9, §. 509. Die frühere Meinung (§. 12, Nr. II, 3 des Rechts der Ford.), daß der bloße Nichtgebrauch nicht hinreiche, sondern eine qualificirte Verjährung erforderlich sei, habe ich als unhaltbar aufgegeben.

rungszinsen zu zahlen, ist die Beseitigung des Verzugs (purgatio morae), welche in allen Fällen den ferneren Lauf dieser Zinsen hemmt [11]), und bei unbedingten Fristbewilligungen auch für die Vergangenheit den Anspruch aufhebt [12]). — Das Anwachsen der nach und nach bezahlten Zinsen hat auf die Dauer der Verbindlichkeit gar keinen Einfluß [13]).

§. 463.

dd) Beschränkungen.

J. H. Boehmer, Jus eccles. Protestantium, Lib. V, Tit. 19. — Dessen Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae, Halae 1728, und in den Exercit. ad Pand. Tom. IV, p. 87 sqq. — (J. Bentham) Vertheidigung des Wuchers. Aus dem Englischen übersetzt v. J. Aug. Eberhard. Halle 1788. — Joh. Arnh. Günther, Versuch einer vollständigen Untersuchung über Wucher und Wuchergesetze, und über die Mittel, dem Wucher ohne Strafgesetze Einhalt zu thun, in politischer, justizmäßiger und merkantilischer Rücksicht. I. Th. Wucher in zinsbaren Geldanleihen, Hamb. 1790 und in Büsch und Ebeling's Handlungsbibliothek, Bd. III, S. 161 flg. Dazu: Hugo, über Wucher und Wuchergesetze. Einige Beiträge zu Herrn Lic. Günther's Schrift über diesen Gegenstand. Im civil. Magazin, Bd. II, S. 133 flg. — v. Sonnenfels, über Wucher und Wuchergesetze, eine Vorstellung mit Anmerkungen. Wien 1789. — Ders. über die Aufgabe: was ist Wucher, und welches sind die besten Mittel, demselben ohne Strafgesetze Einhalt zu thun? Wien 1789. — Ders. zu Herrn Hofrath v. Kees Abhandlung über die Aufhebung der Wuchergesetze, Wien 1791. — Die Günther'sche und die von Sonnenfels'schen Schriften sind bei Abfassung des A. L. R. berücksichtigt worden. Klein, Bemerkungen über das Gesetz wegen der Zinsen, vom 15. Februar 1809. (Annal. Bd. XXVI, S. 234 flg.)

I. Die in ganz alten Zeiten, wo nur der Geldarme Geld aufborgte und sich harten Bedingungen unterwerfen mußte, entstandenen staatspolizeilichen Verbote gegen zu hohe Geldmiethe sind unter vielerlei Veränderungen bis auf unsere Zeit gekommen, und werden als ein vermeintliches Palladium gegen Bedrückung der Schützlinge Seitens der Geldverleiher bewahrt, obgleich die Voraussetzungen schon lange weggefallen und im Gegentheil heutzutage die meisten Geldmiether begüterte Handels- und Gewerbsleute sind, die fremdes Geld gegen Miethe zu Hülfe nehmen, um ihre Be-

11) L. 23 D. de recept. (IV, 8). — L. 31 pr. D. de novat. (XLVI, 2).

12) I, 16, §. 70. — L. 29 D. de verbor. oblig. (XLV, 1).

13) I, 11, §. 852. — Ueber das ältere Recht s. Recht der Forder. §. 12 Nr. II, 6.

triebsmittel zu verstärken, und die ihren Vortheil so gut verstehen und so gut wahrzunehmen im Stande sind, daß ihnen jene Verbote niemals Etwas nützen, wohl aber zu Zeiten hinderlich werden; während die geringere Zahl der Geldmiether von der alten Art nicht nur ebenfalls thatsächlich keinen Schutz in den Verbotsgesetzen hat, sondern in Folge derselben durch die versteckten Wucherkünste noch weit schlimmer mitgenommen wird, als es durch eine offene, der freien Uebereinkunft überlassene Bedingung der Zinsen nur irgend geschehen könnte. Wie in den verschiedenen Ländern überhaupt, so war auch in den jetzigen Landestheilen der Preußischen Monarchie, in der Zeit ihrer Selbstständigkeit, das höchste Maß der erlaubten Zinsen sehr verschieden [1]); und die allgemeine Gesetzgebung hat hierin gleichfalls nur subsidiarische Geltung. II. Der gewöhnliche Zinsfuß beträgt Fünf Prozent und soll in allen Provinzen, auch wo höhere Zinsen zu nehmen erlaubt ist, für landüblich gelten [2]), welcher in der Regel nicht überschritten werden darf [3]). Ausnahmen sind: 1. Wenn nach dem Provinzialrechte höhere Zinsen erlaubt sind [4]). Dieses ist der Fall: a) in Ost- [5]) und Westpreußen [6]), mit Ausnahme derjenigen Landestheile, welche vormals zu Westpreußen, nachher zum Großherzogthum Warschau gehört haben und nach der Wiedererwerbung zur Provinz Posen geschlagen worden sind, wie namentlich der Netzdistrikt [7]); b) in der Stadt Danzig und deren altem Gebiete [8]); c) in Schlesien [9]). 2. Wenn Ausländer, welche nach dem Rechte ihrer Heimath höhere

---

1) S. hierüber und über das Geschichtliche überhaupt: Recht der Forder. §. 13, welches, bezüglich auf die Provinzen, vollständig ausgeschrieben, sich ohne Angabe der Quelle auch in der 2. Ausgabe der Ergänz. Bd. I, S. 672 wiederfindet.

2) S. o. §. 460, Note 24.

3) I, 11, §§. 804 flg. — II, 20, §. 1271.

4) Publ.-Pat. z. A. L. R. §. III; Einleit. §§. 1 und 2.

5) Ostpreuß. Provinzialrecht, Zus. 22.

6) Westpreuß. Regierungs-Instruktion vom 21. Septbr. 1773, §. 13, IV, Nr. 1 lit. b (N. C. C. v. 1773, Col. 2197). Der Lauenburg-Bütow'sche Kreis hat dasselbe Recht. — Westpreuß. Provinzialrecht zu §. 804 d. T.

7) Entscheid. des Obertrib. Bd. III, S. 124.

8) Willkühr, Th. II, Kap. 2, Art. 2 u. 15. Vergl. Publ. Pat. z. Westpr. Prov. R. v. 1844.

9) Fürstentagsschluß von 1546 (Vater Repert. I, 33; Stengel, XII, S. 351); Kaiserl. Mandat v. 26. März 1582 (v. Weingarten Fasciculi diversorum jurium etc. II, p. 398; Suarez, Sammlung alter und neuer Schlef. Prov.-Gesetze, Bd. I, S. 20); Pragmat. Sanct. v. 26. Novbr. 1704 (Brachvogel Edikt.-Samml. I, S. 328; Suarez a. a. O. S. 101); Ed. v. 1. Aug. 1765, §. 6 (Samml. schlef. Ed. VIII, S. 117).

Zinsen gültig versprechen können, davon Gebrauch gemacht haben, wenngleich die Gesetze des Orts, wo das Rechtsgeschäft geschlossen worden, höhere Zinsen nicht gestatten[10]). Stellt ein späteres Gesetz den Zinsfuß niedriger, so gilt solches auch für die schon bestehenden Verbindlichkeiten[11]), weil Alles, was aus polizeilichen und strafrechtlichen Gründen verboten wird, von dem Augenblicke des Verbotes an nicht mehr geduldet ist. Was seitdem über die gesetzlichen Zinsen hinaus gegeben worden, kann ebenso als wenn es von Ursprung gesetzwidrig stipulirt worden wäre, noch binnen sechs Jahren nach völlig abgetragener Schuld zurückgefordert werden[11a]). 3. Wenn einem Kaufmanne, der mit Waaren im Großen handelt, gegen bloße Handschrift oder Wechsel, ohne besondere Sicherheitsbestellung, auf nicht länger als Sechs Monate, ein Darlehn gemacht wird, so können die Zinsen ganz nach Willkühr verabredet werden, wenngleich der Darlehnsgeber kein Kaufmann ist. Nach Verlauf dieser Zeit, oder wenn der Schuldner in Kon-

---

10) Entscheid. der Ges.-Kommiss. vom 1. Juli 1794 (Klein, Annal. XIV, S. 386; Stengel I, S. 381; Rabe II, S. 666). Danach kann z. E. ein Schlesier 6 Prozent in Berlin gültig verschreiben. Der Richter des Schuldners hat die anderwärts geltenden Polizeigesetze (Wuchergesetze) bei sich nicht anzuwenden. Vergl. o. §. 36, IV, Bd. I, S. 128.

11) Publ.-Pat. v. 9. Septbr. 1814, §. 13 (G. S. S. 92); v. 9. Novbr. 1816, §. 17 (G. S. S. 221 und 229); vom 15. Novbr. 1816, §. 13 (G. S. S. 237). Pat. vom 21. Juni 1825, §. 20 (G. S. S. 157). Ein Min.-Reser. v. 4. Novbr. 1818 (Jahrb. Bd. XII, S. 258) erklärt es zwar für unbedenklich, daß bei dem Zinsfuße auf die zur Zeit des Versprechens gültigen Gesetze zu sehen; die Bestimmung ist aber zu deutlich. Die Stelle lautet in allen Publ.-Pat. übereinstimmend so: „In Absicht der Höhe der erlaubten Zinsen treten nach dem [Tage der Einführung des A. L. R.] die Bestimmungen des A. L. R. ꝛc. dergestalt ein, daß, wenn in einem frühern Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die Preußischen Gesetze gestatten, von dem Tage der Wirksamkeit der Letztern der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigeren Zinsen verpflichtet." Das gedachte Rescript beseitigt den Wortsinn dieser Bestimmung damit, daß unter den „Preußischen Gesetzen" keine anderen sollen verstanden werden können, als die zur Zeit des geschlossenen Vertrages gegolten haben. Wie aber die Gesetze, welche vor der Einführung des Preuß. Rechts in einem Lande gegolten haben, „Preußische Gesetze" sollen genannt werden können, bedarf noch der Erklärung. Für die Provinz Posen (das R. ist an das Oberappellationsgericht in Posen gerichtet) läßt es sich noch so verstehen, daß die schon früher einmal eingeführt gewesenen Preuß. Gesetze gemeint seien; aber für diejenigen Landestheile, wo vorher noch niemals Preuß. Recht gegolten hat, wie z. E. in Sachsen und Westphalen (Arnsberg), ist diese Erklärungsart ganz unzulässig. — Das Obertrib. hat in einem, im J. 1837 vor dasselbe gekommenen, Falle diese Auslegung überhaupt verworfen. Entscheid. Bd. III, S. 129.

11a) Präjudiz des Obertrib. vom 9. März 1847, Nr. 1849 (Entscheid. Bd. XIV, S. 456. S. u. Note 36).

kurs kommt, tritt der gesetzmäßige Zinsfuß ein[12]). 4. Kaufleute können sich in Handelsgeschäften Sechs Prozent verschreiben lassen; auf Hypotheken[12a]) und überhaupt in allen nicht rein kaufmännischen Geschäften sind ihnen nur die allgemein erlaubten Prozente gestattet[13]). 5. Fremde Juden dürfen unter derselben Voraussetzung Acht Prozent nehmen; einheimische müssen sich nach dem Gemeinen Landrechte richten[14]). 6. Oeffentliche Pfandleiher dürfen nehmen: a) von Darlehnen auf länger als ein Jahr Sechs Prozent; b) von kleinen Summen bis 10 Thlr., wenn sie nur auf 6 Monate oder kürzere Zeit gegeben werden, einen Pfennig, und in den folgenden 6 Monaten einen halben Pfennig vom Thaler, auf die Woche[15]). Oeffentliche städtische Pfandleihanstalten können Acht Prozent nehmen, und wenn damit, nach den örtlichen Verhältnissen, zu den Betriebskosten nicht auszulangen, dürfen die Ministerien der Justiz und des Innern zwölf und ein halbes Prozent bewilligen[16]). 7. Vormünder, welche Gelder ihrer Pflegebefohlenen in ihren Nutzen nehmen, müssen davon Acht Prozent zahlen[17]). 8. Ungetreue Kassenbeamte bis 1. Juli 1851 Sechs Prozent[18]). 9. Konventionalstrafen und Zinsen zusammen dürfen bis auf Sechs Prozent, und wenn der Gläubiger ein Kaufmann, oder ein Jude

---

12) II, 8, §§. 692–694. Hergenommen aus der, auf Vorstellung der Königsberger Kaufmannschaft „aus Allerhöchster Vergünstigung" erlassenen Deklaration vom 28. Februar 1782, wobei die Kaufmannschaft ermahnt wird, „von denen ihr dadurch aus landesväterlicher Milde angebotenen Vortheilen keinen unrechten Gebrauch zu machen", nämlich „solche mit theurem Gelde aufgeborgte Kapitalien nicht leichtsinniger Weise zu verschwenden." Stengel, Bd. XII, S. 63—74. Hoffentlich werden die Kaufleute doch artige Mündel sein und dem Vertrauen entsprechen.

12a) Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn einem Kaufmann für ein Darlehn Hypothekenposten verpfändet oder unter dem Beding der Rückzession cedirt werden. Pr. 277, vom 3. Juni 1837.

13) I, 11, §§. 805, 808. — Simon, Rechtsspr. I, S. 21. — Vergl. L. 26 C. de usur. (IV, 32). Ein Senat des Obertrib. hat jedoch ausgesprochen, daß ein Kaufmann bei allen Darlehnen, ohne Rücksicht darauf: ob der Darlehns-Empfänger ein Kaufmann, oder ob das Darlehn als ein kaufmännisches Geschäft gemacht ist oder nicht, — außer bei Hypotheken — sechs Prozent ausbedingen könne. Pr. 396, vom 8. November 1837. Dem Grundgedanken des Rechts in diesem Punkte entspricht das auf Buchstabenauslegung beruhende Präjudiz nicht.

14) I, 11, §§. 805, 806, 808. — Erkl. v. 20. April 1813 (G. S. S. 77). Staatsgrundgesetz vom 31. Januar 1850, Art. 12.

15) Regl. v. 13. März 1787, §§. 90–96 (N. C. C. Tom. VIII, S. 781; Rabe, Samml. Bd. I, Abth. 7, S. 560).

16) K. O. v. 28. Juni 1826, Nr. 7 (G. S. S. 82).

17) II, 18, §. 486. — L. 5, 4, 7, §. 8 D. de administrat. tut. (XXVI, 7).

18) II, 20, §. 418. Bezog sich auf Staatsdiener. Aufgehoben durch die Einf. des neuen Strafgesetzb.

ohne Staatsbürgerrecht ist, bis auf Acht Prozent genommen werden[19]). 10. Bei antichretischen Pfandverträgen darf der reine Ertrag die erlaubten Zinsen um ein Drittel übersteigen[20]). — Die Vorausbezahlung der Zinsen ist nur auf Ein Jahr unter der Voraussetzung zulässig, daß die Zinsen unter dem erlaubten höchsten Zinssatze sind und der Vortheil, welcher dem Gläubiger aus der Vorausbezahlung entsteht, nicht mehr beträgt als der Unterschied zwischen den versprochenen und den erlaubten höchsten Zinsen; das Mehr muß an dem Kapitale in Abzug kommen[21]). Der Abzug der Zinsen enthält das Abkommen, daß das Kapital nicht vor Ablauf der Zeit, auf welche der Abzug geschehen, zurückgefordert werden soll[22]). III. Zinsen von Zinsen zu nehmen (anatocismus) ist nach Justin. R. schlechterdings verboten[23]), nach Pr. R. ist es nur in der Regel nicht[24]), doch aber ausnahmsweise in folgenden Fällen gestatttet: 1. Zinsenrückstände, welche zusammengerechnet einen zweijährigen nur fällig gewordene Termine enthaltenden Betrag ausmachen, oder wenn die Rückstände nicht so viel betragen, wenigstens seit zwei Jahren fällig sein müssen, dürfen mittelst einer gerichtlichen Abschließung kapitalisirt und verzinslich gemacht werden[25]). 2. Von dem Zinsenrückstande, zu dessen Zahlung Jemand kraft eines exekutorischen Titels schuldig ist, dürfen Judikats-

19) I, 11, §§. 825, 826. Die Bestimmungen bezüglich auf die Juden passen nicht mehr. S. Note 14.

20) I, 20, §. 231. Ist der Ertrag hauptsächlich vom Zufall abhängig, so fällt die Beschränkung weg. §. 232 a. a. O.

21) I, 11, §§. 815—817; II, 20, §. 1279. — L. 26, §. 1 C. de usuris (IV, 32). Die Meinungen hierüber waren getheilt. Recht der Ford. §. 14, Bd. I, S. 163.

22) L. 57 pr. D. de pactis (II, 14); L. 2, §. 6 D. de doli except. (XLIV, 4). Auf so lange die Miethe bezahlt genommen ist muß auch der Gebrauch gestattet werden.

23) L. 27 D. de re jud. (XLII, 1); L. 26 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 20 C. ex quibus caus. infamia (II, 12); L. 29 C. de usuris (IV, 32); L. 2, §. 5 D. de administ. rerum ad civit. (L. 8). — Das Nähere und die Literatur s. Recht der Ford. §. 16.

24) I, 11, §. 818. — Suarez, Schlußvortr., Jahrb. Bd. XLI, S. 23.

25) §§. 819, 820 a. a. O. Die Auslegung des §. 819 ist streitig. S. Simon, Zeitschr. Bd. I, S. 1 u. flg. und das daselbst S. 2 mitgetheilte R. vom 2. Novbr. 1811, auch das R. v. 27. Aug. 1814 (Jahrb. Bd. III, S. 263) und A. Die Absicht ist aber die, daß nicht jeder fällige Zinstermin, auch nicht jeder Jahresbetrag, sobald er fällig ist, soll können zum Kapital geschlagen werden, sondern daß darüber wenigstens zwei Jahre hingehen sollen, also daß, wenn nur aus den letzten zwei Jahren Zinsen rückständig verblieben, nur ein wenigstens zweijähriger bereits ganz fälliger Betrag zur Kapitalisirung geschickt ist; wenn aber der Rückstand schon länger fällig ist, auf die Summe nichts ankommt.

zinsen gefordert werden[26]), gleichviel, ob der exekutorische Titel (Urtel, Mandat, Agnitionsresolution, Vergleich) nur den Zinsenrückstand allein, oder Kapital und Zinsen zugleich zum Gegenstande hat, weil dieses nichts juristisches ist, folglich die Rechtsregel nicht modifiziren kann. Doch bezieht sich der Rechtssatz überhaupt nur auf vorbedungene Zinsen, nicht auf gesetzliche[27]). Der Gläubiger kann die bis zum Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses rückständigen Konventionalzinsen berechnen und die Summe, gleich einem andern Kapitale, auf Grund des Urtels, im Hypothekenbuche eintragen lassen, ohne Unterschied, ob die Zinsen allein, oder mit dem Kapitale zugleich ausgeklagt worden sind, oder ob das Kapital bereits eingetragen ist oder nicht[28]). Es versteht sich, daß die Eintragung nur hinter allen bis dahin bereits eingetragenen Forderungen erfolgen kann. In formeller Hinsicht soll eben das Verfahren beobachtet werden, welches bei einer Theil-Cession vorgeschrieben worden ist, und außerdem soll, zur Vermeidung jedes Irrthums, noch in der Kolonne „Cessiones" bei der Hauptpost bemerkt werden, daß die Zinsen bis zu dem und dem Tage auf den Grund des §. 821, Tit. 11, Th. I, des A. L. R kapitalisirt und unter der Nr. . . als ein neues Kapital eingetragen worden[29]). Die Nichtbeachtung dieser unwesentlichen Umständlichkeit ist ganz unschädlich. — Außer diesen beiden Fällen können noch 3. Zögerungszinsen unter Kaufleuten gefordert werden, wenn

---

26) I, 11, §. 821. Auch hierbei ist die Auslegung streitig, wegen der Ausdrücke „verurtheilt" und „Urtel," weshalb man den Rechtssatz nicht auf Zinsenzahlungs-Mandate anwendbar finden wollte. R. v. 1. März 1822 (Jahrb. Bd. XIX, S. 164) u. Präjud. des Trib. v. 17. Oktbr. 1832 (Simon, Rechtsspr. III, S. 155). Doch haben sich seitdem, in Folge des neuen Prozeßgesetzes vom 1. Juni 1833, die Ansichten wol geändert, da hiernach alle im Bagatell- und Mandats-Prozesse ergehenden bedingten Mandate ein richterliches Urtel vorstellen.

27) Ist gleichfalls bestritten, ergiebt sich aber sowohl aus den im §. 821 gebrauchten Ausdrücken „Zinsenrückstand," als aus dem sachlichen Grunde, daß Zögerungszinsen Schadensersatz für den entzogenen Gebrauch des Kapitals sind. (Ist auch angenommen von dem Obertrib., nach dem Präj. 738 v. 28. Septbr. 1839 [Entscheid. V, S. 345]), und daß das Judikat nach Pr. Rechte nicht novirt. Denn wäre die res judicata eine neue für sich bestehende causa, so würde das Kapital mit den bis dahin entstandenen Zögerungszinsen zusammengenommen den Inhalt dieser neuen Obligation als eine unzertrennliche Summe bilden und die Zögerungszinsen würden wesentlich ein Bestandtheil der Obligation sein, woraus folgen müßte, daß von der ganzen Summe derselben die Judikatszinsen gefordert werden könnten.

28) V. I. v. 4. März 1834, §. 22. Vergl. ein R. v. 9. Januar 1809 (Grävell, Kred. Ges. I, S. 327).

29) Minist.-Verf. v. 30. Dezbr. 1835 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 573).

sie sich unter einander, wegen wechselseitiger Forderungen an Kapital und Zinsen, berechnen und in dem, dem Einen gebührenden, Ueberschusse Interessen mitbegriffen sind[30]). — Auf Grundzinsen bezieht sich das Verbot des Anatocismus nicht[31]). Auch sind davon eine Anzahl Fälle, in welchen Zinsen sich als Hauptstuhl darstellen aber gleichwohl nicht unter den Begriff des Anatocismus fallen, wohl zu unterscheiden. Dieser hat das Merkmal, daß der Gläubiger die nämliche Summe, welche ihm sein Schuldner als fällig gewordene Zinsen schuldig war, aus demselben Grunde zu fordern behält und wieder verzinset erhalten soll. Deshalb gehört nicht dahin: der Fall der Novation, wobei Kapital und Zinsen bis dahin zusammengerechnet werden, denn die alte Obligation wird gänzlich getilgt[32]); die Fälle, wo derjenige, welcher die Summe, wovon er Zinsen zahlen soll, dem Gläubiger nicht als Zinsen schuldig ist, z. E. wenn Jemand Zinsen für einen Andern einhebt und das Geld in seinen Nutzen nimmt[33]), oder wenn Jemand vorschußweise für einen Andern Zinsen zahlt und seine Auslagen mit Zinsen einfordert[34]), oder wenn fällige Zinsen einem Andern zur Einziehung und zum Gebrauche für sich als Darlehn angewiesen werden; ferner der Fall, wenn der Gläubiger das ihm auf Zinsen gezahlte Geld dem Schuldner sogleich wieder als Darlehn hingiebt, sowie wenn er ihm ein neues Darlehn macht und davon Zinsen von dem Alten gezahlt erhält; und der Fall, wo ungültig gezahlte Zinsen zurückgefordert worden. IV. Was über die erlaubten Zinsen gezahlt worden ist, kann der Schuldner entweder in der Art, daß er solches nach und nach[35]), so wie er es gezahlt

---

30) II, 8, §. 697. S. oben §. 415, Bd. I, S. 744.

31) II, 7, §. 481. Alle Geldabgaben der „Unterthanen“ sind Rutscherzins. S. o. §. 359 a. E.

32) Dieser Fall ist streitig. Glück, Kommentar, Bd. XXI, S. 119 ff.

33) L. 10, §. 3 D. mandati (XVII, 1). — L. 5, §. 7; L 7, §§. 11, 12; L. 9, §. 3; L. 13, L. 58, §§. 1, 4 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7).

34) Nach der Parömie: „Schuldenzahlen macht Hauptstuhl.“ Cramer Obs. jur. un. Tom. III, obs. 873. — Hert, de paroemiis juris germanici, L. I, par. 57. — Vergl. L. 37 D. de usuris (XXII, 1); L. 12, § 9 D. de administr. tutor. (XXVI, 7). — Der §. 72, Tit. 13, Th. I, A. L. R., welcher von Kapitalszahlungen spricht, hat hier bloß die Bestimmung des Tages des geleisteten Vorschusses als Anfangstermin der Zinsen zum Gegenstande; bei andern Vorschußleistungen muß Mahnung eintreten.

35) Die Art der Abrechnung ist streitig. Einige wollen die ganze Summe erst am Ende zusammenrechnen und auf einmal abziehen; Andere das zuvielgezahlte jedes Mal sogleich. S. Recht der Ford. §. 16. Die zweite, dem Schuldner günstigere Art ist die richtige und auch von dem Obertrib. angenommen. Entscheid. Bd. III, S. 127.

hat, auf das Kapital anrechnet, kompensiren, oder wenn er dieses unterlassen, noch binnen 6 Jahren nach völliger Abtragung der Schuld, ob turpem vel injustam causam condiciren[36]. Zinsen, welche innerhalb des erlaubten Maßes, aber ohne vorausgegangenes Versprechen gezahlt worden sind, können nicht zurückgefordert werden[37], weil in der freiwilligen Zahlung und Annahme eine formlose Uebereinkunft über die Verzinslichkeit liegt[38]; ist aber bloß in der irrigen Voraussetzung, daß dazu eine Verbindlichkeit thatsächlich vorhanden sei, gezahlt worden, so gilt von solcher Zahlung Alles, was von Zahlungen aus einer vermeintlichen Verbindlichkeit überhaupt Rechtens ist[39].

§. 464.

ee) Interusurium.

Gottfr. Dan. Hoffmann, de jureconsulto mathematico, et in specie analista circa antichresin et interusurium. Tüb. 1767. — Fratrum Becmannorum Tr. math. jurid. de interusurio. Gött. 1784. — Schneidt Spec. arithmeticae ad matheriam de usuris, antichresi, interusurio et reditibus annuis applicatae. Wirceb. 1784. — Zimmermann, über Anatozismus und Interusurium. Frankfurt 1798. — Ed. Schrader, civilist. Abhandlungen, Nr. 2. — Seuffert, Erörterungen, Abth. I, Nr. 19. — Dann, über das Interusurium oder den gegenwärtigen baaren Werth einer erst künftig zahlbaren Summe, mit zwei Tabellen und mehreren Beispielen. Ulm 1823. — Ferd. Zachariä, über die richtige Berechnungsart des Interusurii nach Grundsätzen des Römischen Rechts. Greifswald 1831. — **Kirchhoff de commodo repraesentationis et calculo ad computationem ejus adhibendo. Stralsund, 1834.**

I. Das Interusurium, commodum medii temporis s. repraesentationis, Disconto, Rabatt, sind umgekehrte Zögerungszinsen, d. h. Entschädigung, welche der Gläubiger dem Schuldner für die frühere Zahlung einer erst künftig fällig werdenden unverzinslichen Forderung giebt. Man hat drei verschiedene Berechnungsmethoden. 1. Die von Benedict Carpzow[1]. Darnach wird der einfache Zinsbetrag für den zu früh gezahlten Zeitraum abge-

---

36) II, 20, §. 1272. — Reichspol. Ordn. v. 1577, Tit. 17, §. 8. Auch die Zurückforderung war bestritten. S. Recht der Ford. §. 16 und die dort genannten Schriftsteller. S. o. Note 11a.

37) L. 26 pr. D. de cond. indebiti (XII, 6).

38) Vergl. L. 3 C. de usuris (IV, 32). — Code civil, Art. 1906.

39) Ist gleichfalls streitig. S. Recht der Ford. a. a. O. Bd. I, S. 176 flg.

1) Decis. P. III, dec. 275, und bei Philippi de subhastat., p. 230.

zogen. Sie giebt ein unrichtiges Resultat, findet sich jedoch bei kurzen Zeiträumen angewendet[2]) und ist die einfachste. 2. Die von Gottfried August Hoffmann[3]). Darnach wird ein unbekanntes Kapital gesucht, welches mit Hinzurechnung seiner einfachen Zinsen auf die zu früh gezahlte Zeit dem künftig zu Zahlenden gleich kommt. Man findet das Kapital, wenn man das bekannte Kapital mit 100 multiplizirt und das Produkt mit 100 + Zinsen von 100 für den Zeitraum, auf welchen zu früh gezahlt werden soll, dividirt[4]). Das abzuziehende Interusurium findet man, wenn das bekannte Kapital mit Zinsen von 100 auf die Zeit, um welche früher gezahlt werden soll, multiplizirt und das Produkt mit 100 + derselben Zinsen dividirt[5]). 3. Die von Leibnitz[6]), d. i. die Hoffmann'sche, mit der Modifikation, daß nicht bloß einfache, sondern zusammengesetzte Zinsen, d. h. auch Zinsen von Zinsen berechnet werden. Für das erste Jahr beträgt das Interusurium danach $\frac{1}{21}$ des ganzen künftig fällig werdenden Kapitals, und für mehrere Jahre wird es dadurch gefunden, daß der Bruch $\frac{20}{21}$ so oft mit sich selbst multiplizirt wird als Jahre sind, welche früher gezahlt werden soll: das Produkt ist der jetzt zahlbare Theil des künftigen Ganzen, folglich der gegenwärtige Werth des künftig fällig werdenden Kapitals, weil das Letztere zu seinem jetzigen Werthe sich verhält wie 21 multiplizirt mit der Zahl der früher zu zahlenden Jahre weniger

---

2) L. 88, §. 3 D. ad leg. Falcid. (XXXV, 2).

3) Von richtiger Berechnung des Interusurii. Leipzig, 1735. Zuerst in einem Anhange zu dessen Prudentia oeconomica (von der Klugheit, hauszuhalten). Dagegen erklärte sich C. v. Clausberg in seiner demonstrativen Rechenkunst. Darauf: Gottfr. Aug. Hoffmann's Demonstrationen von richtiger Berechnung des Interusurii, worinnen zugleich das, was von dieser Materie in dem Anhange vermeldeten Autoris seiner Prudentiae oeconomicae befindlich ist, wider die von C. v. Clausberg in dessen demonstrativer Rechenkunst gemachte Einwürfe vertheidigt wird. Abgedruckt in Polack mathesis forensis, S. 129 flg.

4) Z. E. 100 Thlr. sollen nach 6 Jahren gezahlt werden, so ist die Formel nach der gewöhnlichen Regel de tri: 100 × 100 (oder 10,000): 100 + 30. Der Quotient ist $76\frac{12}{13}$, soviel Thaler sind also zu zahlen.

5) Exempel: 30 × 100 : 130, macht $23\frac{1}{13}$.

6) Leibnitz, meditatio juridico-mathematica de interusurio; in actis eruditorum ad a. 1683, p. 425 seq. — Joh. Ernst. Just. Müller, Einige Gedanken über des Freiherrn v. Leibnitz und Lic. Gottfr. Aug. Hoffmann verschiedene calculos interusurii; zum praktischen Nutzen des Publici entworfen, nebst den dazu berechneten drei Hülfstafeln von Christlieb Adolph Lieben. Dresden 1788. — Joh. Nikl. Müller, Auseinandersetzung eines der schwersten Fälle aus der Interusurien-Rechnung. Gött. 1785.

Eins, zu 20 eben so oft vervielfältigt[7]). II. Welche von diesen Methoden angewendet werden soll, ist nicht vorgeschrieben. Die richtigste ist die Dritte, von welcher auch in einem Falle, nämlich bei der Taxe eines Guts, welches dem Besitzer nur auf gewisse Jahre zur Benutzung gegeben ist, Anwendung gemacht wird, indem der Kapitalswerth des Nutzungsrechts durch die Revenüensumme, mit Abrechnung des Interusuriums, welches nach der Leibnitz'schen Methode berechnet werden soll[8]), bestimmt werden muß[9]). Dadurch wird sie anerkannt[10]), und es steht nichts im Wege[11]), in allen Fällen[12]) darnach zu verfahren[13]), doch würde in dem Falle, wo der Schuldner berechtigt wäre, unter Abzug des Diskonto früher zu zahlen, der ihm erlaubte besondere Zinsfuß zum Grunde zu legen und ein Abzug der etwanigen Kosten und Ausgaben auf Gewinnung der Nutzungen oder Zinsen davon zu machen sein[14]). Die Wuchergesetze finden auf das Interusurium keine Anwendung, es kann deshalb ein vertragsmäßig vorausbestimmtes Interusurium aus dem Grunde, daß es den gesetzlich erlaubten Zinsfuß übersteige, nicht bestritten werden[15]), weil die Verbote ein gewisses Maaß

---

7) Z. E. wenn 100 Thlr. 3 Jahre früher gezahlt werden sollen, so ist die jetzt zu zahlende Summe gleich: $\frac{20^2}{21^2}100$, oder $\frac{160000}{194481}100 = 82\frac{52558}{194481}$ Thlr.

8) R. v. 8. Sept. 1804 (Mathis, XI, S. 1; Rabe, Bd. VIII, S. 171). Die Berechnungen und Darlegungen sind abgedruckt bei Grävell Kreditges. Bd. III, Anh. S. 1 flg.; u. in m. neuen Formularbuch, 4. Aufl. Breslau 1851. S. 281 ff.

9) Anh. z. A. G. O. §. 438, zu III, 6, §. 14,

10) Auch in Sachsen ist die Leibnitz'sche Methode angenommen. Rescr. v. 25. Octbr. 1724 (II. Forts. des Cod. Aug. I, 319). — Wernher Obs. P. I. Obs. 191.

11) In dem Falle des Konkurses, wo ein Gläubiger seine fällige Schuld mit seiner erst künftig fällig werdenden Forderung kompensiren will, ist bloß verordnet, daß er wegen der Zinsen für die Zwischenzeit der Masse gerecht werden müsse, aber eine bestimmte Berechnungsart ist nicht vorgeschrieben. I, 16. §§. 354, 355; A. G. O. I, 50, §. 159.

12) Dergleichen Fälle sind noch: wenn ein Unfähiger eine gültige Schuld zu früh bezahlt hat, I, 16, §. 171; oder wenn ein Debitum legirt wird und es sich darum handelt, das Interusurium dem Stempelfiskus zu versteuern; oder wenn die Partheien sich einigen, daß eine noch nicht fällige Schuld jetzt zwar bezahlt, das Interusurium aber durch den Richter bestimmt werden soll; oder wo der Schuldner berechtigt ist, gegen Abzug des Diskonto früher zu zahlen und man nicht über den Betrag einig wird.

13) S. auch Schweikart, in der Jur. Wochenschr. Jahrg. 1836, S. 115.

14) L. 36, §. 5 D. de heredit. pet. (V, 3); L. 46 D de usur. (XXII, 1).

15) Ein solcher Fall kam im Jahre 1836 bei dem O. L. G. zu Breslau vor. Die Einrede wurde auf II, 20, §. 1288 gestützt. Die Appellations-Deputation des II. Senat fand jedoch den Einwand an sich unstatthaft. Proz.-Akten Fabisch c. Kater, F. 28, pro 1836.

übersteigender Zinsen gerade den Vortheil der Schuldner bezwecken, mithin nicht umgekehrt zur Verhinderung eines Vortheils des Schuldners dienen.

b) Schadensersatz und Interesse.

A. L. R. Th. I, Tit. 6.

C. W. Ludwig, Erläuterung der Rechtstheorie vom Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen, vom Besitz, vom Eigenthum und von einigen Erwerbsarten des Eigenthums, nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts, gr. 8. Glogau, ohne Jahreszahl (zuerst erschienen bei Leonhardt in Breslau, 1815). Geschmacklos und unwissenschaftlich. — Wehrn doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni habita doli mali, morae, ejusque quod interest, ratione, praestandi. Lips. 1795. — Franz Schömann, Lehre vom Schadensersatze, 2 Th. gr. 8. Giessen 1807. — Seuffert, über die Lehre vom Interesse und Schadensersatz; in seinen Erörterungen, 1. Abth. Würzburg 1820, Abth. 20. — Fr. Hänel, Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatze, nach heutigem Röm. Rechte. 8. Leipz., 1823. — v. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadensersatze nach Röm. Rechte. Eine civilistische Abhandlung. gr. 8. Heidelberg, 1841.

§. 465.

aa) Begriff von Schaden.

Schade heißt im eigentlichen Sinne jede Verletzung eines körperlichen Gegenstandes, in uneigentlicher Bedeutung jede Verschlechterung des Zustandes einer Sache oder einer Person. In der Rechtssprache versteht man darunter im weitesten Sinne jede Verschlechterung einer Person an Gesundheit, Ehre und Vermögen; im engern Sinne eine Verringerung am Vermögen. Diesen letztern Begriff bezeichnet das R. R. mit dem Ausdruck „damnum" auch „damnum pecuniarium" [1]), auch wird unter damnum jede Rechtsverletzung überhaupt verstanden [2]). Neuere haben daraus einen Gattungsbegriff mit zwei Unterarten gemacht, indem sie den Schaden überhaupt in positiven Schaden (damnum emergens), wenn eine Verringerung des bereits vorhandenen Vermögens eingetreten ist, und in entgangenen Gewinn (lucrum cessans, s. lucrum interceptum)

1) L. 151, 203 D. de reg. jur. — L. 2, 3 D. de damno infecto (XXXIX, 2). — L. 2, §. 11. D. ne quid in loco publ. (XLIII, 8). — L. 31 D. de dolo malo (IV, 3).

2) L. 151 D. de reg. juris (L. 17).

zerlegen. Dem R. R. ist diese Theorie fremd; was die beiden Unterarten umfassen sollen, heißt im R. R. „id quod interest", „interesse"[3]). In dem A. L. R. wird die Vorstellung und Ausdrucksweise der Neuern vorausgesetzt. Es giebt einen Gattungsbegriff von Schaden, worunter im Allgemeinen „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens verstanden wird"[4]). Dagegen werden „Vortheile, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, zum entgangenen Gewinn gerechnet." Positiver Schade und entgangener Gewinn zusammen heißen „vollständige Genugthuung"[5]). Wer durch eigenes Zuthun Schaden leidet, ist sein eigener Schuldner[6]); ist aber ein Schade nicht durch den Beschädigten selbst verursacht worden, so entstehen die Fragen: wann oder unter welchen Voraussetzungen ist Ersatz zu leisten? und was ist zu leisten? Auf die erste Frage beziehen sich die Begriffe Zufall (casus), Vorsatz (dolus) und Versehen (culpa); die andere Frage betrifft die Schätzung des Interesses.

§. 466.

bb) Zufall (casus) periculum.

Wächter, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. XV, S. 97 ff. und S. 188 ff. — Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des Römischen und Deutschen Rechts und der neuern Legislationen dargestellt. 8. Tübingen, 1839. Ist wesentlich eine Kritik der Gesetzgebungen, wobei auch das A. L. R. seine Stelle findet und hart getadelt wird. Dazu: Rezens. in der Allg. Literatur-Zeitung, 1839, S. 47—61; und eine Andere in den neuen krit. Jahrbüchern für Deutsche Rechtswissenschaft von Schneider, Jahrg. 1842, S. 802 ff.

I. Wie durch Anrichtung eines Schadens ein bis dahin nicht vorhanden gewesenes besonderes Rechtsverhältniß entsteht, kommt weiterhin vor. Hier ist die Rede von dem Einflusse, welchen die Beschädigung auf ein schon bestehendes besonderes Rechtsverhältniß hat. Regel ist: so lange die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit

---

3) L. 21, 22, 23 D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 13 pr. D. ratam rem hab. (XLVI, 8).

4) I, 6, §. 1. Die Definition umfaßt nicht die Standesrechte, die doch auch beeinträchtigt, also beschädigt werden können.

5) Ebend. §§. 5, 7.

6) Ebend. §§. 19—21. — L. 205 D. de reg. juris.

möglich ist, muß genau der Gegenstand, auf den sie sich bezieht, geleistet werden. Für unmöglich gilt aber nur das für Jeden (absolut) Unmögliche; was nur **beziehlich** oder für das bestimmte Individuum unmöglich ist, kommt nicht in Betracht[1]). Ist die Leistung **an sich** unmöglich, so muß entweder die Verbindlichkeit wegfallen, oder es muß etwas Anderes (das Interesse) geleistet werden. Ob der eine oder der andere Fall eintritt, hängt, wenn darüber unter den Parteien nichts bestimmt ist[2]), von der Ursache der Unmöglichkeit ab. In dieser Hinsicht gilt die Regel: **reiner Zufall** (s. o. §. 140) befreiet von der Leistung[3]), mit der Modifikation, daß **relative** Unzurechnungsfähigkeit eine subsidiarische Verbindlichkeit begründet[4]). Haben die Parteien über die Folgen des Zufalls Verabredung getroffen, so daß also die subsidiarische Rechtsregel ausgeschlossen ist, so entsteht bisweilen Zweifel darüber: auf welche Arten des Zufalls (§. 140 a. E.) die Verabredung sich beziehe. Das A. L. R. giebt die Interpretationsregel: daß, wenn ein Kontrahent alle Gefahr und Schäden übernommen hat, auch die **ungewöhnlichen** (c. insoliti) darunter zu verstehen sind[5]). Dadurch ist die Meinung angenommen worden, daß, wenn in dem Vertrage der Zufall schlechthin ohne nähere Bestimmung übernommen worden, darunter der **gewöhnliche** und der **ungewöhnliche**, nicht aber auch der **allerungewöhnlichste** verstanden werde[6]). Dieses findet seine Bestä-

1) Objectiv unmöglich ist z. B. wenn eine Spezies (ein individuell bestimmtes Thier) gegeben werden soll, welche vor der Uebergabe untergeht; relativ unmöglich ist, wenn Jemand ein Genus (Geld) geben soll, was er nicht hat. L. 137, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1). — A. L. R. I, 5, §. 374. — Das A. L. R. fügt hier zwei Modifikationen bei, deren Voraussetzungen wol höchst selten eintreten. §§. 375, 376.

2) I, 5, §. 261; I, 11, §. 95. — L. 1 pr., L. 10 pr. D. de periculo (XVIII, 6); L. 7, §. 15 D. de pactis (II, 14); L. 1, §. 35 D. dep. (XVI. 3); L. 39 D. mandati (XVII, 1); L. 9 §. 2, L. 13. §. 5 D. locati (XIX, 2).

3) „Casus a nullo praestatur." L. 23 D. de reg. jur. Also kann nicht etwa der andere Theil Schadensersatz fordern. Pr. 1488, v. 27. Septbr. 1844 (Entsch. XI, S. 239). Das würde ja das grade Gegentheil sein.

4) I, 6, §§. 41—43. S. o. §. 140, Bd. I, S. 280.

5) I, 5, §. 261. — Ueber die Meinungsverschiedenheit der gemeinrechtlichen Juristen, s. Recht der Ford. §. 20, Nr. III.

6) **Otto** de praestatione casuum fortuitorum, insolitorum et insolitissimorum, cap. II, §. 9 — **Carpzov** Jur. for. P. II const. 26, def. 8, und const. 37, def. 17, No. 5. — **Boehmer** Exercitat. LII, c. II §. 6 und c. III, §. 8 (Tom. III, p. 478, 487). — **Wernher** Obs. P. IV, obs. 214, Nr. 82—84; P. V, obs. 98. — **Leyser** Med. Vol. XI, Suppl. sp. 217, m. 15. — v. **Winkler**, rechtliche Abhandlung von Kriegsschäden, S. 40 flg. — Die andere Meinung ließ keine Unterscheidung zu. **Vinnius** Select. jur. quaest. L. II, c. 1. — **Cocceji** Jus. civ. controv. XIII, 6, qu. 9. — **Pufendorf** Obs. Tom. IV, obs. 78, §. 4.

tigung in der weitern Bestimmung des A. L. R., daß eine im Kontrakte allgemein geschehene Uebernehmung aller Unglücksfälle auf die Kriegsschäden nicht ausgedehnt werden könne [7]). Ob in einem Vertrage der Zufall überhaupt oder alle Unglücksfälle übernommen worden sind, ist Sache der Auslegung [8]). II. Kommt in Ermangelung einer Vertragsbestimmung die Rechtsregel zur Anwendung, so ist Frage: welche Bedeutung der Wegfall der zufällig unmöglichen Erfüllung habe, indem die Sache so, als wäre die Verbindlichkeit von dieser Seite erfüllt, was dann bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die Gegenleistung nach sich zieht; oder so, als wäre das Rechtsverhältniß gar nicht dagewesen, woraus die Zurückgabe des von der andern Seite Vorausgeleisteten folgt, angesehen werden kann. Die Römische Rechtsregel ist hier: creditoris est rei periculum s. damnum [9]). Daraus folgt auf der einen Seite: casus non praestatur [10]), d. h. der Schuldner ist durch den Zufall befreit; und auf der andern Seite: daß die Gegenleistung erfolgen muß [11]). Eine Ausnahme gilt bei der Sachmiethe und bei solchen obligationes faciendi, welche ein, durch einen bestimmten Zeitraum dauerndes, Rechtsverhältniß begründen, doch beschränkt diese Ausnahme sich auch nur auf den Fall der gänzlichen Unmöglichkeit (periculum interitus); bei der bloßen Verschlechterung (p. deteriorationis) verbleibt es bei der Regel [12]); und eine zweite Ausnahme entsteht durch die Mora des Schuldners [13]). Die richtig aufgefaßte Regel ist so durchgreifend, daß sie für alle obligatorische Verhältnisse, soweit sie nicht unter die beiden Ausnahmen fallen, paßt. Aus nicht immer richtiger Anschauung der verschiedenen Rechtsverhältnisse und aus unlogischen

---

7) I, 21, §. 594. Die Kriegsschäden werden von der angenommenen Meinung zu den allerungewöhnlichsten Unglücksfällen gezählt. S. die Schriften Note 6.

8) Beispiele sind: L. 30, §. 4 D. locati (XIX. 2). — L. 1, §. 1 D. de aestimatoria (XIX, 3). — L. 10 pr. §. 1 D. de jure dotium (XXIII, 3).

9) L. 15 D. de jure dotium (XXIII, 3). L. 1 pr. L. 8 pr., L. 7 pr. D. de periculo (XVIII, 6). — §. 3 J. de emt. (III, 24).

10) L. 23 in fine D. de reg. juris.

11) L. 5 §. 2 D. de rescind. vend. (XVIII, 5); L. 15 D. de jure dotium (XXIII, 3); L. 6 C. de periculo (IV, 48); §. 3 J. de emt. (III, 24). Auch bei den obligationes faciendi. L. 1 §. 13 D. de extraordin. cognit. (L. 13); L. 3 §. 3, L. 5 pr. D. de condict. causa data (XII, 4).

12) L. 19 §. 6, L. 27 pr, L. 30 pr. §. 1 D. locati (XIX, 2).

13) L. 5 D. de reb cred. (XII, 1); L. 40 pr. D. de hered. pet. (V, 3); L. 47 §. 6 D. de leg. I; L. 23 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 14 §. 11 D. quod metus causa (IV, 2); L. 15 §. 3 D. de rei vind. (VI, 1); L. 12 §. 3 D. depos. (XVI, 3). — L. 4 C. de peric. rei vend. (IV, 48).

Folgerungen sind jedoch davon sehr abweichende Prinzipien von Neuern aufgestellt worden, worüber noch in der neuesten Zeit keine Einigung zu Stande gekommen ist, und welche wegen der widersinnigen Resultate, zu welchen sie in vielen praktischen Fällen führen, eine Menge Ausnahmen nöthig machen, wodurch die ganze Lehre sehr verworren wird. Zu den abstrahirten falschen Regeln gehört u. A. erstlich der sehr allgemein anerkannt gewesene, aber dem R. R. fremde Satz: casum sentit dominus [14]), der im Erfolge von dem Römischen Satze: periculum s. damnum creditoris est, ganz abweicht; und zweitens die Generalisirung des Unterschiedes, welchen die Römischen Juristen scheinbar darin machen, daß bei der obligatio faciendi der Zufall von der Gegenleistung befreiet oder nicht, je nachdem er sich in der Person des Gläubigers oder des Schuldners zugetragen hat. Diese Lehren haben auf das A. L. R. den Einfluß gehabt, daß man weder die damals nicht so wie jetzt zur Einsicht gebrachten einfachen Grundsätze des R. R., worin man Spitzfindigkeiten sah, noch die unwahrscheinlichen Lehren der Neuern annahm, sondern etwas ganz Neues verordnete, welches man „der Natur der Sache und des Geschäfts, den Prinzipiis des R. R. und der natürlichen Billigkeit gemäß" hielt [15]). Das Pr. Recht hat demnach den Grundsatz: zufällige Unmöglichkeit vernichtet den Vertrag [16]). Die Folge davon ist, daß Alles möglichst wieder in den vorigen Stand gesetzt werden muß, mithin das von dem andern Theile bereits Vorgeleistete wieder zurückzugeben oder zu vergüten ist. Dabei wird der Zurückgebende als ein redlicher Besitzer angesehen, doch kann er mit dem Schaden des Andern nichts gewinnen [17]), d. h. er wird hinsichtlich des Zufalls und des Versehens, der Deteriorationen und Verwendungen, wie ein redlicher Besitzer im Verhältniß zum Eigenthümer behandelt, hat aber nicht den aus dem redlichen Besitze sonst folgenden Fruchtgenuß, vielmehr kann nur das wirklich Gegebene condictione sine causa oder auch ob causam zurückgefordert werden. Der Grundsatz kommt jedoch nur alsdann zur Anwendung, wenn die Erfüllung für immer unmöglich geworden ist; eine vorübergehende Verhinderung verschiebt bloß die Erfüllung

14) Wie man dazu gekommen s. Recht der Ford. §. 20, Nr. II.
15) Suarez, amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 17.
16) I, 5, §§. 364, 365; I, 11, §§. 100, 373, 879; I, 21, §§. 299—308.
17) I, 5, §§. 365—368; I, 16, §. 14.

bis zur Hebung des Hindernisses[18]). Verschlechterung hat, nach dem Prinzipe des A. L. R., folgerecht dieselbe Wirkung wie der gänzliche Untergang; denn der Gläubiger ist nicht schuldig, die bedungene Sache in einem verschlechterten Zustande zu übernehmen[19]), wenn er an der Verschlechterung nicht Schuld hat; der Zufall berührt ihn nicht. III. Ausnahmen von der Regel finden statt: 1. Bei dem Verkaufe in Pausch und Bogen und bei dem Verkaufe eines Inbegriffs von Sachen, hinsichtlich der Verschlechterungen[20]). 2. Bei Obligationen auf ein Thun in folgenden Fällen: a) wenn die Gegenleistung zufällig ganz unmöglich. aa) Ist die Vorleistung vollständig geschehen, dann soll nicht, nach der Regel, das Geleistete schlechthin zurückgefordert werden können, sondern nur nach dem gemeinen Werthe vergütet werden[21]); bb) ist die Vorleistung noch unvollständig, so geht es auch nicht nach der Regel, daß nämlich der Vertrag als nicht vorhanden angesehen wird, sondern hier soll kontraktmäßige Vergütung gefordert werden, es wäre denn, daß das Verhältniß des Geleisteten zum Nichtgeleisteten nicht ausgemittelt werden könnte, wo die Regel, d. i. Vergütung nach der Schätzung Sachverständiger, stattfindet[22]). b) Wenn nur ein Rest der Gegenleistung zufällig unmöglich ist: so soll es wieder nach dem Kontrakte gehen[23]). c) Bei untheilbaren Arbeiten, mit Ausnahme eines Bauwerks, gehen die Materialien dem Eigenthümer verloren und die Arbeit wird nicht bezahlt; das Werk darf auch nicht von Neuem begonnen werden, wenn nicht die Materialien dem Arbeiter gehören und die bedungene Zeit noch ausreicht, oder überhaupt keine Zeit vorgeschrieben ist[24]); bei dem Baukontrakte trifft der Zufall, wenn der Unternehmer ein Bau- oder Werkverständiger ist, alle Mal den Bauherrn[25]). d) Wenn der Zufall in der Person des einen Kontra-

18) Einl. §. 108; I, 16, §§. 2, 3. Vergl. I, 21, §§. 299 flg.
19) I, 11, §§. 124, 194, 215; I, 5, §§. 364, 369, 373.
20) I, 11, §§. 117, 120 u. 121.
21) I, 5, §. 304; I, 11, §. 882.
22) I, 11, §§. 886, 887.
23) Ebend. §§. 908, 917, 920.
24) Ebend. §§. 959, 963, 964. Das gilt auch bei dem Verlagskontrakte. §. 1010.
25) Ebend. §. 967. Pr. 35, v. J. 1832. In demselben wird noch gesagt: „Die Ausführung eines Baues ist auch nicht als eine Reihe einzelner, selbstständiger, in sich vollendeter Leistungen anzusehen und der Bestimmung des §. 885 l. c zu subsumiren, vielmehr ist nur Hinstellung des vollendeten Gebäudes als die

henten liegt. Dann ist der Andere für das ihm schon Geleistete nur in sofern, als er sich mit dem Schaden des Leistenden bereichern würde, Vergütung schuldig [26]), und wenn nur die Art der Erfüllung unmöglich geworden, steht es bei dem Andern, eine andere Erfüllungsart zu wählen [27]). 3. Wenn der Gläubiger mit der Annahme im Verzuge ist [28]); denn nur die mora accipiendi kann nach Pr. Rechte Einfluß äußern, weil die Gefahr, die nach R. R. durch die mora solvendi auf den Schuldner übergeht, schon nach der Regel dem Schuldner obliegt. Die mora solvendi verpflichtet in den Fällen, wo nicht schon nach der Regel casum sentit dominus, den Schuldner der Zufall trifft, nur in sofern zum Ersatze des zufälligen Schadens, als derselbe bei dem Gläubiger nicht eingetreten sein würde [29]); bei Obligationen aus unerlaubten Handlungen aber fällt diese Rücksicht ganz weg [30]). 4. Der vermischte Zufall (c. mixtus, s. casus dolo vel culpae subordinatus. S. o. §. 140 a. E.) [31]).

§. 467.

cc) Commodum.

Commodum heißen die aus einem obligatorischen Verhältnisse entstehenden Nebenvortheile, wie Zuwachs und Nutzungen [1]). Davon gilt die Regel: wer die Gefahr und Lasten trägt, hat auch die Vortheile [2]). Ausgenommen ist der unredliche Besitzer, welcher die Gefahr ohne Vortheile trägt [3]).

---

dem Bauunternehmer obliegende Leistung anzusehen (richtig), und demnach muß dieser den das unvollendete Gebäude treffenden Zufall tragen. (Der Schluß ist nicht durchaus richtig.)

26) Ebend. §§. 883—885, 913, 919.

27) I, 5, §§. 369—372.

28) I, 11, §§. 102, 103, 98, 939 u. 940.

29) I, 3, §. 13; I, 6, §. 16; I, 7, §§. 241, 243; I, 11, §. 97, 936; I, 13 §. 249; I, 14, §. 72, 141; I, 20, §. 231; I, 21 §. 251; I, 16, §§. 16, 18. Ist die Meinung des Cassius. L. 40 pr. D. de heredit. pet. (V, 3); L. 14 §. 1 D. depos. (XVI, 3.) — Vergl. Code civ., Art. 1302 §. 2

30) I, 7, §. 242; I, 6, §. 16; I, 3, §. 13. — Ein Dieb muß also die untergegangene Sache bezahlen, wenngleich sie ohne den Diebstahl eben so gewiß untergegangen sein würde. L. 20 D. de condict. furtiva (XIII, 1). Vergl. Code civil. Art. 1302, §. 4.

31) I, 13, §. 50, 249. — I, 14, §§. 14, 20, 29, 33, 34, 85. — I, 20, §. 131; I, 21, §. 251; II, 18, §. 282.

1) L. 7 pr. D. de peric. (XVIII, 6); L. 38, §§. 10, 11 D. de usur. (XXII, 1); L. 39, §. 1 D. de leg. I; L. 173, §. 1 D. de reg. jur.

2) I, 9, §§. 99 und 100; I, 11, §§. 105, 483. — L. 7 pr. D. de peric. (XVIII, 6); L. 22, § 3 C. de furtis (VI, 2); §. 3 J. de emt. (III, 24).

3) I, 7, §§. 241, 223, 248.

dd) Dolus und Culpa.

§. 468.

α) Grundsätze.

I. Die durch Vorsatz oder grobes Versehen des Schuldners dem Gläubiger entstehenden Nachtheile müssen in allen Fällen ausgeglichen werden (§. 143). In wiefern der Schuldner auch für die Folgen eines geringern Versehens aufkommen muß, hängt von der rechtlichen Beschaffenheit des besondern Rechtsverhältnisses ab. In dieser Hinsicht gelten folgende Grundsätze: 1. Ein mäßiges Versehen wird nur bei zweiseitigen obligatorischen Verhältnissen vertreten; bei einseitigen Rechtsgeschäften verbleibt es bei der Haftung für ein grobes Versehen[4]). Hierzu gehört, nach der dem A. L. R. zum Grunde liegenden Ansicht[5]), auch das Verhältniß des belasteten Erben zu dem Vermächtnißnehmer (Legatar)[6]). 2. Für ein geringes Versehen wird nur ausnahmsweise eingestanden: a) bei Verträgen, woraus der Schuldner ganz allein Vortheil hat[7]); b) bei Erfüllung der aus dem Gesetze entstandenen Verbindlichkeiten[8]); c) bei Handlungen, welche besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzen, oder wobei vorzügliche Fähigkeiten oder mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit erforderlich[9]); d) bei ungeforderter Einmischung in fremde Geschäfte[10]). II. Diese Grundsätze können verändert werden: 1. durch Uebereinkunft der Kontrahenten; doch ist über Vorsatz[11]) und grobes Ver-

---

4) I, 3, §. 21; I, 5, §§. 278, 280; I, 7, §§. 13, 240; I, 9, §§. 445, 451; I. 14, §§. 100, 106: I, 20, §§. 91, 641, 642; II, 8, §§. 704, 705, 1471, 2003.

5) Dabei ist bloß das Verhältniß zwischen dem Erben und Legatar berücksichtigt, nicht das des Erblassers zu dem Erben. Einige Schriftsteller gründeten diese Ansicht auf L. 32, §. 5 D. de legat. II.

6) I, 12, §§. 308, 293. — Anders nach R. R. L. 26, §. 1; L 47, § 5, L. 108. §. 12 D. de leg. I; §. 10 J. de testam ord. (II, 10). — Voet; Comment. Tom II, tit. XXX, §. 50.

7) I, 5, §. 279. Ganz nach der damaligen Theorie des G. R. Leyser Sp. 554, m. 1.

8) I, 16, §. 13. S. hierüber Recht der Ford. §. 25, Nr. II, 2, b.

9) I, 5, §. 281; I, 3, §. 23; II, 10, §§. 88, 89. — §. 7 J. de lege Aquil. (IV, 3). Wer dergleichen Geschäfte übernimmt, muß die Befähigung dazu haben, oder für das Mißlingen haften.

10) I, 9, §. 457; I, 13, §. 245; II, 18. §§. 166, 278, 280, 281.

11) I, 5, §. 283; I, 16, §. 400; I, 20, §§. 240, 241. — L. 23 D. de reg. jur. (L. 17); L. 6, §. 9 D. de act. emti (XIX. 1); L. 1, §. 7 D. depositi (XVI, 3); L. 27, §§. 3, 4 D. de pactis (II, 14). War bestritten. Leyser, Spec. 516 m. 1 u. 2 behauptete die Gültigkeit.

sehen[12]) die Abrede, daß dafür nicht eingestanden werden solle, als den guten Sitten widerstreitend, voraus zu treffen nicht gestattet; 2. durch die Mora[13]). 3. In einigen Fällen wird, zufolge einer allgemeinen Rechtsregel, die Verabredung einer Modifikation vorausgesetzt (§. 469).

§. 469.

β) Klassifizirung der Obligationen nach diesen Grundsätzen.

Nach dem Grade des Versehens, für welchen der Schuldner einstehen muß, lassen sich die Obligationen in drei Klassen bringen. I. Klasse: Obligationen, welche nach ihrer Natur gar keinen Vortheil des Schuldners bezwecken. Von diesen gilt die Rechtsregel (§. 468 a. E.), daß Keinem seine uneigennützige Dienstgefälligkeit gegen einen Andern zum Schaden gereichen darf[1]), weshalb vorauszusetzen, daß Derjenige, welcher sie in Anspruch nimmt, dem Angesprochenen nicht durch Zumuthung einer besonderen Aufmerksamkeit bei der Gefälligkeitserweisung habe zu lästig werden wollen. Deshalb wird hier nur für Dolus und Culpa lata Haftung verlangt. Die Voraussetzung fällt aber weg, wenn Jemand sich zu fremden Geschäften anbietet oder drängt, weil ohne ihn das Geschäft von einem Andern vielleicht sorgfältig besorgt worden sein würde[2]). In diese Klasse gehören: 1. das Depositum. Der Verwahrer haftet nur für Dolus und grobes Versehen[3]), ausgenommen, wenn er bezahlt wird[4]), oder wenn er die Sache mit Erlaubniß gebraucht[5]), oder wenn er unaufgefordert und ohne

---

12) Angewendet bei dem Pfandkontrakte, I, 20 §§. 240, 241. Eine direkte Anerkennung des Satzes fehlt. Unter den Schriftstellern des G. R. ist er streitig. Berger Oec. jur. L. III, Tit. 8. §. 2, Not. 2 u. A. sind dafür, und Noodt de pactis c. XIX u. A. dawider.

13) I, 16, §. 18; I, 7, §. 240; I, 12, §. 309; I, 14, §§. 72, 87; I, 11, §. 98. — L. 17 D. de periculo (XVIII, 6); L. 9. D. soluto matrim. (XXIV. 3.)

1) L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII. 2); L. 7 D. testam. quemadmod. (XXIX, 3); L. 29 D. ex quib. caus. maj. (IV. 6); L. 140 D. de reg. jur.

2) L. 17, § 3 D commodati (XIII, 6); L. 53, §. 3 D. de furtis (XLVII, 2)

3) I, 4, §§. 11—13. — §. 3 J. depos. (III, 14); L. 1, §§. 8, 10, 47 D. eod. (XVI, 3); L. 31 D. eod.; L. 1 D. de his qui not. (III, 2).

4) Dann ist es Miethe. I, 14, §. 17. — L. 1, §. 9 D. depos. (XVI,).

5) I, 14, §. 83. In diesem Falle geht es in Commodat über.

Noth sich der Verwahrung unterzogen hat[6]), wo er für ein mäßiges Versehen einstehen muß. 2. Das Commodat auf der Seite des Verleihers[7]), ausgenommen, wenn er Vortheil davon hat, oder wenn er den Leiher zu dem Geschäfte veranlaßt hat[8]), wo er für ein mäßiges Versehen einsteht. 3. Der Schenkungsvertrag[9]). — Einige in diese Klasse gehörige Rechtsverhältnisse machen eine Ausnahme in der Art, daß ein geringeres Versehen vertreten werden muß, bei einigen jedoch auf die individuelle Sorgfalt (diligentia rebus suis consueta, s. o. §. 142) Rücksicht genommen wird. Diese Rechtsverhältnisse sind: 1. die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag (negotiorum gestio), bei welcher, zufolge der Regel (§. 468 Note 10), für das geringste Versehen eingestanden wird[10]), ausgenommen, wenn die Geschäfte bloß zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt worden sind, wo wieder nach dem allgemeinen Grundsatze nur ein grobes Versehen vertreten wird[11]). 2. Das Mandat[12]). Wer die Geschäftsbesorgung verspricht, muß Sorgfalt anwenden, weil außerdem kein Gelingen zu erwarten ist; man nimmt daher an, daß in der Uebernahme eines Auftrags das stillschweigende Versprechen liegt, das Geschäft ordnungsmäßig zu vollbringen[13]). Deshalb muß der Mandatar, nach R. R., unbedingt für Versehen (culpa in abstracto) haften. In Folge der Verwirrung in den Meinungen hierüber, zur Zeit der Abfassung des A. L. R., ist jedoch von dem R. R. in der Art abgewichen worden, daß der Mandatar sich mit dem Einwande seiner Gewohnheit (diligentia rebus suis consueta) soll schützen können, ausgenommen, wenn

---

6) I, 14, §. 18. — L. 1, §. 35 D. depos. (XVI, 3). In diesem Falle sollte grundsätzlich (§. 468, Nr. I, 2, d) selbst das geringste Versehen verantwortlich machen; man ist jedoch von der Regel abgewichen. Der Fall war streitig unter den Lehrern des G. R. und man weiß nicht, warum gerade der unrichtigen Meinung, gegen den eigenen Grundsatz, nachgegangen ist. S. Recht der Ford. §. 26, Nr. I, 1, b.

7) I, 21, §. 257. — L. 18, §. 3, L. 17. §. 3 D. commod. (XIII, 6). Vergl. L. 61, §. 6 D. de furtis (XLVII. 2), wo man es sogar mit dem Dolus weniger streng (remissius) nimmt.

8) Ebend. §. 249. — Vergl. L. 5, §. 10 D. commodati (XIII, 6).

9) I, 11, §§. 1078, 1084. — L. 18, §. 3 D. de donat. (XXXIX, 5).

10) I. 13, §. 245. — L. 11 D. de negot. gest. (III, 5); §. 1 in f. J. de oblig. quae quasi ex contr. (III, 28).

11) I, 13 §. 237. — L. 3 §. 9 D. de negot. gest. (III, 5).

12) L. 13, L. 21 C. de mandato (IV, 35).

13) S. darüber L. 17, §. 3 D. commodati (XIII, 6); L. 5, §. 1 D. mandati (XVI, 3); §. 11 J. de mandato (III, 27).

er bezahlt wird, also gemiethet ist, und wenn er als Sach- oder Kunstverständiger einen Auftrag übernommen hat, wo culpa levis in abstracto, und wenn beide Voraussetzungen zusammentreffen, sogar culpa levissima ihn verantwortlich macht[14]). 3. Die Tutel und Kuratel. Nach R. R. hatte der Tutor und Kurator mit Rücksicht darauf, daß er zur Uebernahme des Amtes gezwungen werden konnte (hatte er sich angeboten, so mußte er omnem diligentiam leisten)[15]), und daß er keinen eigenen Vortheil bezweckte, nur diligentiam quam suis rebus etc. zu leisten; nach dem A. L. R. hingegen soll er für culpa levis in abstracto, in einigen Fällen sogar für levissima, in andern nur für culpa lata angesehen werden[16]) II. Klasse: Obligationen, welche nach ihrer Natur für beide Theile Vortheil bezwecken. Davon ist Regel, daß jeder Theil ein mäßiges Versehen vertreten muß. Dieses ist der Fall bei dem Kaufe[17]), bei der Pacht und Miethe[18]), bei dem Pfandkontrakte[19]), bei dem Verhältnisse des Erben zu den Erbschaftsgläubigern[20]), bei dem Verhältnisse des Nießbrauchers zu dem Eigenthümer[20a]), bei den Innominatkontrakten, namentlich dem Trödelkontrakte[21]), den gewagten Geschäften[22]), und den Verträgen über Handlungen[23]). Auch in dieser Klasse finden sich die zweierlei Ausnahmen, daß in einigen Verhältnissen nur diligentia suis rebus consueta, und in einigen Andern die größte Sorgfalt von einer Seite geleistet werden muß. Die erstere Aus-

14) I, 13, §§. 55—58. Recht der Ford. §. 26, Bd. I, S. 288.

15) L. 53, §. 3 D. de furtis (XLVII, 2) u. §. 797, Note 6.

16) II, 18, §§. 275—285. S. u. §. 797, Nr. III.

17) I, 11, §§. 104, 55. — §. 3 J. de emt. (III, 23); L. 5, §. 2 D. commodati (XIII, 6): L. 31, §§. 11, 12 D. de aed. ed. (XXI, 1); L. 13 §. 16 D. act. emti (XIX, 1).

18) I, 21, §. 278. — L. 28, L. 1 C. de locato (IV, 65); §. 5 J. eod. (III, 24); L. 25, §. 7 D. eod. (XIX, 2).

19) I, 20, §§. 169, 170, 142, 184, 189. — L. 13, §. 1 D. de pign. act. (XIII, 7); §. 4 J. quib. mod. re (III, 14); L. 19 C. de pign. (VIII, 14). L. 5, 6, 8 C. de pignor. act. (IV, 24).

20) I, 9, §§. 445, 451. — L. 26, §. 1, L. 47, §. 5, L. 108, §. 12 D. de leg. I.

20a) I, 21, §§. 15, 16, 105, 132. — L. 9 pr., L. 13, §. 2, L. 15, §§. 3, 7; L. 65 pr., 66 D. de usufructu (VII, 1).

21) I, 11 §. 516. Nach R. R. kommt es dabei auf die besondere Gestaltung des Falles an. L. 17, §. 1 D. de praescr. verb. (XIX, 5); L. 1, §. 1 D. de aestimatoria (XIX. 3).

22) I, 11, §§. 542, 543, — L. 3 C. de nautico foenore (III, 33).

23) I, 11, §. 879. Das R. R. individualisirt auch hier. L. 17, §§. 1, 2, 4; L. 20, §. 2 D. de praescr. verb. (XIX, 5): L. 10, §. 1 D. commodati (XIII, 6); L. 1. §. 10 D. depos. (XVI, 3).

nahme beruhet auf der freien Eingehung in ein dauerndes Verhältniß mit der bestimmten Person und in der dadurch erklärten Zufriedenheit mit ihren Gaben und Gewohnheiten. Sie findet sich bei dem Gesellschaftsverhältnisse, mit Ausschluß der communio incidens, bei welcher für culpa levis in abstracto eingestanden werden muß[25]; und bei der ehemännlichen Verwaltung des Eingebrachten der Frau[26], doch auch wieder mit Abweichungen nach den Gegenständen[27]. Die andere Ausnahme beruhet auf dem Bedürfnisse der Sicherung für Person und Eigenthum in Lebensverhältnissen, wo der Betroffene ganz in der Hand des Andern ist, und besteht darin, daß dieser andere Theil das geringste Versehen vertreten und wol auch den Beweis des Zufalls führen muß (§. 470 Note 5). Sie kommt vor bei dem Receptum der Sachen eines Reisenden von Seiten des Gastwirths, bei dem Frachtkontrakte mit Lohnfuhrleuten und mit Schiffern[28]. III. Klasse: Obligationen, aus welchen, nach ihrer Natur, für den Schuldner allein Vortheil entsteht, weshalb er für ein geringes Versehen, und der andere Theil nur für ein grobes einzustehen hat. Dieser Art ist der Leihkontrakt und das Prekarium, wenn dabei auch der Verleiher nicht etwa, nach der Besonderheit des Falles, Vortheil hat[29]; auch das Verhältniß des Beklagten bei der Vindikationsklage[30]; das des Erben zum Legatar (§. 468, I, 1).

---

24) I, 17, §. 211. — §. 9 J. de societate (III, 25); L. 72 D. pro socio (XVII, 2).

25) I, 17, §. 58. Anders nach R. Recht L. 25, §. 10 D. fam. excisc. (X, 2).

26) II, 1, §§. 554, 555. — L. 17 pr. D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 11 i. f. C. de pact. convent. (V, 14).

27) Gewohnte Sorgfalt soll nur bei den Kapitalien gelten; hingegen soll bei den Mobilien nur für ein grobes Versehen (II, 1, §. 561), bei Immobilien aber für ein unbedingtes mäßiges Versehen (culpa levis in abstracto) — §. 595 das. und I, 21, §. 132 — eingestanden werden. Ein Grund zu diesen Unregelmäßigkeiten ist nicht erfindlich, und ein praktisches Bedürfniß dazu ist auch nicht.

28) II, 8, §§. 447, 1734—1737, 2459. — L. 3, §§. 1, 2, L. 7 pr. §. 1 D. nautae caupones (IV, 9).

29) I, 21, §§. 248, 249. S. Note 8. Nach R. R. fehlt diese Klasse, weil nicht drei Grade der Culpa praktisch sind. Auch das Prekarium kommt in keine Klasse, weil es nicht als Rechtsverhältniß, sondern als Gutwilligkeit angesehen wurde. L. 8, §. 3 D. de precario (XLIII, 26).

30) I. 7 §. 240. — L. 25, §. 7 D. de hered. pet. (V, 3); L. 13, 45 D. de rei vind. (VI, 1). Eine Ausnahme macht der Adjudikatar, dessen Zuschlag mit der Nullitätsklage (Nichtigkeitsbeschwerde) angegriffen wird, I, 11, §. 353. Pr. 2274, v. 14. Febr. 1851 (Entsch. XX, 106).

§. 470.

γ) Vererbung und Beweis der Schuld.

I. Die aus einem Versehen entstandene Verbindlichkeit geht in der Regel unverändert auf die Erben über[1]). Eine Ausnahme gilt für die Erben des Vormundes und des Vormundschaftsbeamten in dem Falle, wenn die Klage noch nicht von dem Erblasser beantwortet worden ist: dann haften die Erben nur für die aus einem groben Versehen entstandene Verbindlichkeit[2]). II. Hinsichtlich des Beweises der Culpa ist zu unterscheiden: ob die Culpa der Grund der Klage ist, was auch bei einem bestehenden besondern Rechtsverhältnisse der Fall sein kann. Dann muß der Kläger den Grund seiner Klage, wie gewöhnlich, beweisen[3]). 1. Die Beweisführung ist nur indirekt möglich, weil die Schuld selbst, als in der Gesinnung liegend, nicht wahrnehmbar ist, sondern nur durch Betrachtung wahrnehmbarer Thatsachen, mittelst Vernunftschlusses, erkannt werden kann. Gegenstand des Beweises ist daher nur die äußere Handlung oder Unterlassung, wodurch der Schade verursacht worden ist. Kann dieser auf den Willen des Handelnden vernünftiger Weise bezogen werden, so wird die Schuld für bewiesen angenommen, bis der Beklagte seine Schuldlosigkeit beweist[4]). Bei an sich erlaubten Handlungen hat der Kläger zu zeigen, worin die Rechtswidrigkeit liege. 2. Wird aus dem besondern Rechtsverhältnisse geklagt, so muß der Beklagte, welcher sich von seiner Verbindlichkeit durch ein ihm nicht beizumessendes Ereigniß freimachen will, den Einwand beweisen. Eine für alle Fälle geltende Regel giebt es in dieser Beziehung nicht, die besondere Beschaffenheit des Verhältnisses muß den anzuwendenden Grundsatz nachweisen. Wer z. B. für jedes Versehen haftet,

---

1) I, 6, §. 28; II, 10, §§. 145, 128, nach der R. Regel: non ex persona heredum conditio obligationis immutatur. L. 2, §. 2 D. de verb. oblig. (XLIV, 1). Die Regel war unter den Neuern streitig. Vergl. u. §. 473, Note 14.

2) II, 18, §§. 293, 294, 304, wie nach L. 1 C. de hered. tutor. (V, 75); L. 4 D. de magistrat. conv. (XXVII, 8).

3) A. G. O. Einl. §. 16; I, 13, §. 28. — L. 2, L. 18, §. 2 D. de probat. (XXII, 3); L. 1, L. 23 C. eod. (IV, 19); L 4 C. de edendo (II, 1). — I, 3, §. 13; I, 6, §. 21.

4) I, 6, §§. 25, 26, — L. 18, §. 1, L. 19, §. 1 D. de probat. (XXII, 3)

muß den Zufall beweisen[5]); wer nicht für jedes Versehen aufkommt, bezeichnet das Ereigniß, wodurch ihm die Erfüllung unmöglich geworden, und der Kläger hat nachzuweisen, daß dasselbe durch ein dem Beklagten anzurechnendes Versehen verursacht worden. 3. Bei dem Verwahrungsvertrage und bei dem Receptum gelten, in Beziehung auf verschlossen oder versiegelt übergebene Sachen, besondere Vermuthungen. Werden solche entfremdet oder beschädiget und der Verwahrer beweist, daß Schloß oder Siegel ohne sein Zuthun verletzt worden, so wird bezüglich auf ihn Zufall vermuthet[6]). Der Gastwirth ist für Schaden an den aufgenommenen Sachen nicht verantwortlich, wenn derselbe durch solche äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hat vorhersehen noch verhüten können, verursacht worden ist[7]). Brand im eigenen Hause des Gastwirths ist für eine solche äußere Gewalt nicht ohne Weiteres anzusehen, vielmehr bleibt von ihm die Anwendung der ihm obgelegenen sorgfältigsten Aufmerksamkeit nachzuweisen, um darzuzuthun, daß von seiner Seite der Brand weder hat vorhergesehen noch verhütet werden können. Dieses gilt aber nicht in Rechtsverhältnissen, in welchen nicht jedes Versehen mit der äußersten Sorgfalt zu vermeiden ist, namentlich nicht bei der Pacht und Miethe[8]). In Beziehung auf unverschlossen in Verwahrung ge-

---

5) I, 21, §. 253; II, 8, §. 447, 1916, 2459; I, 7, §§. 240, 241. — L. 3, §. 1, L. 5 D. nautae caup. (IV, 9); L. 1, §. 13 D. de magistrat. conven. (XXVII, 8); L. 11 D. de probat. (XXII. 3); L. 9, §. 4 D. locati (XIX, 2); L. 3, §. 1 D. commod. (XIII, 6); L. 27, §. 2 D. mandati (XVII, 1).

6) I, 14, §. 33; II, 8, §. 1736. Die Frage ist nach G. R. streitig. S. darüber u. A. Glück, Bd. VI, §. 491. Die einzige auf den Fall sich beziehende Stelle L. 1, §. 41 D. depos. (XVI, 3) behandelt die Frage selbst nicht, diese muß deshalb nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden. S. die folgende Note 7.

7) II, 8, §. 447. Diese Bestimmungen sind eine einzelne Anwendung von den beiden Präsumtionen des R. R., welche bei allen solchen Rechtsverhältnissen gelten, in welchen der Schuldner zur custodia, d. h. diligentia in custodia verbunden ist. Wird dabei die Sache entwendet, so wird Culpa des Schuldners vermuthet; ist aber bei der Entwendung Gewalt gebraucht worden, so muß der Gläubiger die Nachlässigkeit des Schuldners beweisen. L. 14, §. 12 D. de furtis (XLVII, 2); L. 5 D. nautae caupon. (IV, 9). Ist die Sache durch einen Dritten beschädigt worden, so wird in Beziehung auf den Schuldner gleichfalls Zufall vermuthet. L. 19 D. commodati (XIII, 6); L. 40, 41 D. locati (XIX, 2); L. 11 D. de periculo (XVIII, 6).

8) I, 21, §. 516; I, 6, §. 25; II, 20, §. 25. — Diese Frage war gemeinrechtlich bestritten, wegen L. 3, §. 1 D. de off. praes. vigil. (I, 15). Quistorp, Abh.: ob ein Hausvater, in dessen Wohnung Feuer ausgekommen, bei verursachtem Schaden den Mangel der Fahrlässigkeit beweisen müsse? (in dessen Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Nr. XIV.) Die Franz. Gesetzgebung

gebene Sachen gilt der Grundsatz, daß der Verwahrer, in dessen Gewahrsam die niedergelegte Sache beschädigt wird, oder verloren geht, den Zufall vollständig, also ohne Zulassung zum Erfüllungseide, beweisen muß, wenn er nicht binnen drei Tagen, nach bemerktem Schaden oder Verlust, dem Niederleger oder bei dessen Abwesenheit dem Gerichte davon Nachricht gegeben hat, sondern sich erst zur Zeit der Rückforderung auf die Beschädigung oder den Verlust der Sache beruft[9]).

ee) Interesse.

Burk. Wilh. Pfeiffer, Abh.: Was ist Interesse und in wiefern kann eine, wegen besonderer von einem Geschäfte abhangenden Vortheile erhaltene, Warnung die Verbindlichkeit zum Ersatze des ganzen Interesses bewirken? mit Hinsicht auf den §. 285—290 des 5. Titels des I. Theils des Preuß. Gesetzbuchs (in seinen vermischten Aufsätzen über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts, Marburg 1803, Nr. 5, S. 227 flg.)

§. 471.

α) Das Allgemeine.

Ueber die Frage: wieviel an Interesse zu leisten sei, ist die allgemeine Theorie des A. L. R., die jedoch in der Anwendung bei den einzelnen Rechtsverhältnissen wenig berücksichtigt worden, folgende[1]): I. Die Folgen einer Handlung sind, nach der Ursache ihrer Entstehung, entweder unmittelbar oder mittelbar. Unmittelbare heißen diejenigen, welche aus der Handlung an und für sich, nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge, entstehen; mittelbare sind sie, wenn sie nur mittelst Zusammentreffens eines andern Ereignisses oder einer ungewöhnlichen Beschaffenheit des Gegenstandes mit der Handlung entstehen[2]). Diese mittelbaren Folgen heißen zufällige, wenn sie nicht vorherzusehen waren[3]). Eingestanden werden muß: 1. für un-

---

hat das Gegentheil angenommen und dem Pächter den Beweis seiner Schuldlosigkeit aufgelegt. Code civil Art. 1733, 1734.

9) I, 14, §§. 34—39. Auf Beamte, zu deren Amtspflichten auch die Aufbewahrung von Sachen oder Geldern gehört, findet dieß nicht Anwendung. Pr. des Obertrib. 1331, vom 11. Septbr. 1843.

1) Quelle ist die damalige Rechtsphilosophie. Darjes, Institut. jurisprud. univ., §§. 330, 337. — Hugo Grotius, de jure belli ac pacis, L. II. c. XXI, no. 10.

2) I, 3, §§. 4, 5; I, 6, §§. 2, 3.

3) I, 3, §. 6; I, 6, §. 4. Nach gewöhnlicher menschlicher Voraussicht.

mittelbare Folgen immer[4]); 2. für mittelbare Folgen: a) wenn sie beabsichtigt waren, b) wenn man sie vorausgesehen hatte, c) wenn es bei der Anwendung desjenigen Grades der Aufmerksamkeit, welcher nach dem besonderen Rechtsverhältnisse geleistet werden muß, auch nur möglich war, sie vorherzusehen[5]); 3. für die zufälligen nur im Falle eines s. g. casus mixtus[6]). Sind die Folgen ein Schade, so ergeben sich danach die Begriffe des unmittelbaren, mittelbaren und zufälligen Schadens[7]). II. Hinsichtlich der Leistung des ganzen Interesses (§. 465) gelten folgende Regeln: Der Schadensersatz beschränkt sich in der Regel auf den wirklichen Schaden; vollständige Genugthuung wird nur ausnahmsweise in folgenden Fällen geleistet: 1. Bei Verträgen a) im Falle des Vorsatzes und groben Versehens, doch mit Ausnahme der Cession, wenn für die Forderung weniger als der Nennwerth gegeben worden ist, wo sogar im Falle des Betruges nicht der entgangene Gewinn zu ersetzen ist[8]); sowie mit Ausnahme der Zahlungsverzögerung bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, wo statt der Zögerungszinsen oder der Konventionalstrafe nur der Ersatz des aus diesem Verzuge erwachsenen wirklichen Schadens soll verlangt werden können[8a]); b) wegen eines mäßigen oder geringen Versehens nur: α) von Kunst- und Sachverständigen; β) von dem, welcher gewarnt worden, daß von seiner Handlung besondere und ungewöhnliche Vortheile für den Andern abhangen; γ) wenn Jemand eine Handlung, die er zu unterlassen sich ausdrücklich verpflichtet hatte, begeht[9]), doch ist dieser allgemeine Satz nicht zur Anwendung gebracht[10]). 2. Bei Beschädi-

---

4) I, 3, §§. 7, 14, 24.

5) I, 3, §§. 8—10, 12. Was kann hinterdrein nicht alles als möglich angesehen werden!

6) Ebend. §§. 11, 13. Vergl. oben §. 140, Bd. I, S. 281.

7) I, 6, §§. 2—4. Von dem zufälligen Schaden (damnum casuale) unterschied man noch das damnum fortuitum, d. i. ein solcher Schade, wobei gar keine menschliche Handlung mitgewirkt hat. Darjes, l. c. §. 338.

8) I, 11, §§. 424, 425, 441. Diese scheinbare Folgewidrigkeit hat das für sich, daß der Betrug eigentlich nicht die Ursache des dem Cessionar entgangenen Gewinnes ist, und stimmt auch mit dem Grundsatze überein, daß bei der Eviktion nicht das volle Interesse, sondern nur die Auslage, allenfalls mit Zinsen, soll gefordert werden können. I, 11, §§. 155, 162, 163.

8a) I, 11, §. 834; I, 16, §. 65. Man kennt keinen Grund dieser Ausnahme und der darin liegenden Abänderung des G. R. S. o. §. 460, Note 2a.

9) I, 5, §§. 285—291.

10) I, 11, §. 890. Der in dieser Stelle und in I, 5, §. 291 befindliche

gungen außer dem Falle eines Vertrages a) aus Vorsatz oder grobem Versehen, ohne Einschränkung; b) aus einem mäßigen Versehen aber wird der entgangene Gewinn nur soweit ersetzt, als er durch den gewöhnlichen Gebrauch erlangt worden sein würde, wenn die Kränkung unterblieben wäre [11]); c) aus geringem Versehen nur dann, wenn die Beschädigung in Folge einer strafbaren Handlung zugefügt wird [12]). III. Kommt es auf den Werth einer Sache an, so wird ein gemeiner, ein außerordentlicher Werth, und ein Werth der besondern Vorliebe (pretium affectionis) unterschieden [13]). 1. Der gemeine Werth ist der Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann. Nutzen ist aller Gebrauch, welcher von einer Sache gemacht werden kann; eine Art des Nutzens sind die Nutzungen, d. h. Vortheile, welche die Sache unbeschadet ihrer Substanz gewähren kann, namentlich Früchte und Zinsen [14]). Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten kommen dabei nur soweit in Anschlag, als sie jedem Besitzer schätzbar sind [15]); bei Sachen, deren Gebrauch überhaupt nur in Vergnügen und Annehmlichkeit besteht, wie Lustgärten und Kunstwerke, wird gleichfalls nur das Vergnügen und die Annehmlichkeit, welche einem jeden Besitzer schätzbar sein kann, als gemeiner Werth angeschlagen [16]). 2. Der außerordentliche Werth (pertium singulare) ist der individuelle Nutzen, welchen eine Sache mit Rücksicht auf die Möglichkeit ihrer besondern Nutzbarkeit gewähren kann [17]). 3. Der Werth

---

Widerspruch ist nicht zu lösen, er beruht auf einem Außerachtlassen der allgemeinen Bestimmung.

11) I, 6, §§. 10–13; I, 9, §. 284.

12) II, 20, §§. 323, 329, 331. Doch ist dieser Titel seit 1. Juli 1851 aufgehoben, und das moderne Strafgesetzbuch läßt die dadurch im Civilrecht entstehende Lücken offen.

13) Die Abh. hierüber in Siewert, Material. IV, S. 99 flg., ist unbefriedigend und unklar. Das R. R. hat eine ähnliche Eintheilung. L. 36 D. de bonis libertor. (XXXVIII, 2); L. 54 pr. mandati (XVII, 1); L. 3 D. de in litem jur. (XII, 3).

14) I, 2, §§. 109—111. Diese §§. werden bisweilen mißverstanden, weil man nicht berücksichtigt, daß Nutzungen (§. 110) eine Unterart von Nutzen (§. 109) sind.

15) I, 2, §§. 112, 113.

16) A. G. O. II, 6, §. 16. — Simon, Rechtsspr. III, S. 339.

17) I, 2, §. 114. Z. E. künstlich abgerichtete Thiere, im Besitze von Menschen, welche aus der Vorzeigung derselben ein Gewerbe machen. Recht der Ford. §. 28, Nr. III. — Der außerordentliche Werth ist in Wahrheit nichts anderes, als der ordentliche Werth eines besondern Individuums, durch die Nutzbarkeit dargestellt, welche dasselbe, vermöge seiner besondern Eigenschaften und Vollkommenheiten, einem Jeden, der davon Gebrauch machen will, gewähren kann. Da-

der besondern Vorliebe beruhet nicht auf Nutzen, sondern in der Einbildung des Besitzers, die aus zufälligen Umständen oder Eigenschaften der Sache, wodurch die Sache in der Meinung des Besitzers einen Vorzug vor allen Andern erhält, entsteht [18]). Er kann nur bei dauernden Sachen vorkommen [19]) und nur von dem Besitzer selbst ermessen werden, weil es außer seinen Neigungen und Vorstellungen keinen Werthmesser dafür giebt.

§. 472.

β) Schätzung des Interesses.

Um das in dem Werthe einer Sache oder Leistung bestehende Interesse auf eine Geldsumme festzusetzen, muß bestimmt sein, welcher Werth zu erstatten, und welche Zeit und welcher Ort bei der Berechnung in Betracht kommen soll. I. Der Werth bestimmt sich in seiner Art nach dem Grade der Verschuldung. Der gemeine Werth, der in einigen Fällen noch als höchster und in andern als mittler angewendet wird [20]), ist die Regel [21]). Eine Ausnahme gilt: 1. bei solchen Verträgen, durch welche Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegeneinander versprochen werden, wo der außerordentliche Werth und, nach Maßgabe des Grades der Verschuldung, auch der Werth der besondern Vorliebe erstattet werden soll, wenn von einer Seite vollständig erfüllt ist, und die Gegenleistung durch Schuld des Andern unmöglich wird [22]); 2. bei einem zum Besten des Gemeinwesens stattgefundenen nothwendigen Verkaufe [23]), und 3. bei vermachten

---

her rechnet das R. R. den individuellen Werth einer solchen Sache zum gemeinen Werth, von welchem es nur den in der Einbildung beruhenden, nicht nach der Nutzbarkeit zu bestimmenden Werth der Zuneigung (Affektion), z. E. eines Privat-Begräbnißplatzes, unterscheidet. L. 36 D. de bonis libertor. (XXXVIII, 2); L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 54 pr. D. mandati (XVII, 1).

18) I, 2, §. 115. Z. E. Gelegenheitsgeschenke von gewissen Personen, oder Seltenheiten.

19) Cramer, Opusc. T. II, no. 11. — Thomasius, de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Halae 1701, 1727, 4.

20) I, 9, §§. 283, 305; I, 6, §. 85 und I, 6, §§. 92 u. 93.

21) I, 2, §. 117; I, 6, §. 88.

22) I, 11, §. 880. Diese Ausnahme hat nichts für sich.

23) Ebend. §. 11. — Eisenbahngesetz v. 3. Novbr. 1838, §. 11. — Das Staatsgr. G. v. 31. Januar 1850, Art. 9 verweist hinsichtlich des Maßes der Entschädigung auf das Gesetz.

fremden Sachen, die dem Legatar nicht verschafft werden können[24]), wo immer der außerordentliche Werth in Rechnung kommt; 4. bei Beschädigungen, wo im Falle des Vorsatzes der Werth der besondern Vorliebe, und im Falle des groben Versehens[25]) der außerordentliche Werth zu ersetzen ist[26]). Die Schätzung geschieht durch Sachverständige; ist der Gegenstand nicht nach seiner Individualität bekannt, so wird eine Sache derselben Art von mittlerer Güte vorausgesetzt. Bei diesem mittlern Werthe bewendet es im Falle eines mäßigen oder geringen Versehens; ist aber eine Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so kann der Beschädigte den gemeinen Werth seiner vernichteten Sache bis auf den doppelten Betrag dieses abstrakten mittlern Werths eidlich würdigen[27]). II. Hinsichtlich der Zeit gilt die Regel, daß auf die Entstehung des Schadens oder der Verbindlichkeit zum Schadensersatze gesehen wird[28]). Bei schon bestehenden Rechtsverhältnissen ist dieser Zeitpunkt die Zeit der Erfüllung[29]). Wenn daher z. B. ein, auf Lieferung fungibler Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, für einen bestimmten Preis gerichteter Kaufkontrakt von dem Verkäufer nicht durch Lieferung zur verabredeten Zeit erfüllt, und der Verkäufer demnächst zur Lieferung verurtheilt wird, ohne daß die deshalb wider ihn vollstreckte Exekution Erfolg hat, so kann der Käufer als sein Interesse nur den Preis der zu liefern gewesenen Sachen, welcher zu der im Vertrage bestimmten Lieferungszeit marktgängig war, fordern, in sofern er nicht besondere Umstände nachweiset, aus welchen sich entnehmen läßt, daß er, wenn ihm die Sachen an dem bedungenen Lieferungstage zugestellt worden wären, einen höhern Gewinn davon hätte ziehen können, oder daß er sie zu einem höhern Preise anderweit habe verschaffen müssen, oder daß ihm sonst durch die verzögerte Lieferung

---

24) I, 12, §. 378. Ist Willensauslegung des Testators.

25) Sonst steht hinsichtlich civilrechtlicher Verbindlichkeiten die culpa lata dem dolus gleich. I, 3, §. 19. — S. o. §. 143, Nr. II, Bd. I, S. 286.

26) I, 6, §§. 85—87; I, 3, §. 19. — Ueber den Mangel eines Rechtsgrundes und über die Unbilligkeit dieser Unterscheidungen gegen den Verletzten, dem dadurch ein Theil seines wirklichen Vermögens, zu Gunsten des Beschädigers, versagt wird, s. Recht der Ford. §. 29.

27) I, 2, §. 116; I, 11, §§. 8, 61; I, 12, §. 378; I, 6, §§. 92—95. — Recht der Ford. §. 29.

28) I, 6, §§. 83, 88; I, 9, §§. 283, 305.

29) I, 11, §. 859; I, 16, §. 74.

ein den Betrag des obigen Preises übersteigender Schaden entstanden sei, und er wird durch das, wider den Verkäufer erstrittene, diesen zur Lieferung verurtheilende Erkenntniß allein noch nicht berechtigt, einen, nach ergangenem Judikate marktgängig gewesenen Preis als Entschädigung dafür, daß ihm die Sachen nicht gewährt worden, zu verlangen[29a]). Eine Ausnahme von der Regel gilt: 1. bei Beschädigungen, wo der höchste Werth, den die Sache in der Zwischenzeit von der Verletzung bis zur Insinuation der Klage gehabt hat, angenommen wird[30]), und 2. bei betrüglicher Vermischung fremder mit eigenen vertretbaren Sachen, wo der höchste Werth aus der Zwischenzeit von der Anmaßung bis zur Insinuation der Klage erstattet werden muß[31]). III. Ueber den Ort, mit Rücksicht auf welchen die Schätzung geschehen soll, findet sich keine ausdrückliche Bestimmung. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist es der Ort der Erfüllung[32]), der nach Verschiedenheit der Fälle verschieden ist[33]).

§. 473.

γ) Schätzungseid (juramentum in litem).

A. G. O. I, 22, §§. 9—27. — Drummer, Theorie des Würderungseides (Eine gekrönte Preisschrift.) Bamb. u. Würzb. 1806. — Gensler &c. Archiv für civil. Praxis, Bd. IV, S. 293 ff. — Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Th. I, Abh. 1. — Linde &c., Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. VII, S. 356 ff., u. Bd. VIII, S. 159 ff.

I. Der Gläubiger selbst kann unter folgenden Voraussetzungen von dem Richter zum Eide über den Betrag seines Interesses verstattet werden. (Schätzungseid, Würderungseid, jus jurandum in litem, juramentum in litem.) 1. Das Interesse muß nicht von selbst durch den Gegenstand oder das Gesetz bestimmt sein, wie z. E. bei einem Gelddepositum, wenn hierbei nicht durch Mora

---

29a) Ang. vom IV. S. des Obertrib. am 13. December 1848, in Sachen Burchard c. Schröder, $\frac{524}{2116}$ IV, 48, Präj. 2082.

30) I, 6, §. 25. Vergl. über das alte Recht: Corp. jur. Frid., IV, 8, §. 8.

31) I, 9, §. 302. — S. o. §. 251, Bd. I, S. 474.

32) L. 22 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 4 i. f. D. de condict. tritic. (XIII, 3). Vergl. Pr. 1321 a, vom 5. August 1843, wonach sich die Vergütung des Schadens nach dem Orte der Beschädigung regulirt. Dieser Ort ist auch der der Erfüllung.

33) I, 5, §§. 247—251; I, 11, §. 769. — Vergl. L. 12, §. 1 D. depos. (XVI, 3); L. 3 i. f. D. de act. emti (XIX, 1).

ein besonderer Nachtheil für den Gläubiger entstanden ist[1]). Am meisten ist das pretium singulare und das pr. affectionis[2]) Gegenstand der eidlichen Feststellung. Dieser Eid ist nicht auf Rechtssachen gewisser Art eingeschränkt, sondern gilt nach neuerm Pr. R. für ein allgemeines Mittel, den Betrag des Interesses auszumitteln[3]). 2. Der Beklagte muß dolose oder ungehorsam gehandelt haben[4]); das grobe Versehen ist auch hier dem Vorsatze gleich[5]). 3. Der Eid kann nur Seitens des Richters anvertraut werden, wobei der Richter nach freiem Ermessen urtheilt[6]); der Eid muß aber, einmal geleistet, berücksichtigt werden[7]). Bei geringen Gegenständen darf der Richter, ohne dem Gläubiger diesen Eid abzufordern, den Betrag nach der Wahrscheinlichkeit festsetzen[8]). 4. Der Beweis muß auf andere Art nicht geführt werden können[9]); sind andere Beweismittel durch Zuthun des Gläubigers vereitelt worden, so wird dadurch der Eid nicht ausgeschlossen[10]), vielmehr nur der Richter in seinem Ermessen bei Bestimmung des höchsten Betrages, je nach den Umständen, strenger sein. 5. Der angegebene besondere Werth muß einen vernünftigen Grund haben, welcher wahrscheinlich zu machen ist[11]). 6. Der Richter hat die höchste Summe zu bestimmen

---

1) L. 3 D. de in litem jurando (XII, 3).

2) Daher heißt der Eid auch wol juramentum in litem affectionis.

3) Nach R. R. fand er nur bei den Realklagen und solchen persönlichen Klagen statt, mit welchen die Zurückgabe oder Herausgabe (Erhibition) einer Sache gefordert wurde. L. 2, §. 1 D. de in litem jurando (XII, 3); L. 68 D. de rei vind. (VI, 1); L. 19 D. de periculo (XVIII, 6); L. 4 C. de act. emti (IV, 49). Eben so nach älterm Pr. R. Cod. Frid. March. III, 33, §. 1.

4) A. G. O. I, 22, §. 11; A. L. R. I, 6, §§. 94, 134; I, 9, §. 459; I, 14, §. 31; I, 20, §. 192. — L. 2, §. 1; L. 4, §. 4; L. 5, §. 3 D. de in litem (XII, 3).

5) I, 6, §. 94; I, 3, §. 19; A. G. O. I, 22, §. 11. — L. 2 C. de in litem jurando (V, 53).

6) A. G. O. I, 22, §§. 10, 18. — L. 4, §. 1; L. 5, §. 1 D. eodem.

7) A. G. O. §. 26. — Berger, Elect. disc. for., T. XXXI, obs. 2, u. P. I, Suppl. XXXI; Cramer, Obs. Tom. IV, obs. 1035 i. f.

8) A. G. O. §. 10. — Leyser, Sp. 146, m. 5.

9) Ebend. §. 10. — L. 4, §. 3 D. de in litem jurando (XII, 3).

10) A. M. Grävell, Commentar z. A. G. O. III, S. 296. Dagegen: Recht der Ford. §. 30, Nr. 5.

11) A. G. O. §. 18 a. a. O. — Leyser, Sp. 146, m. 1. Einem Cessionar kann z. B. der Eid über den ganzen Nominalbetrag der cedirten Forderung nebst Zinsen, worüber ihm der Cedent die erforderlichen Hypothekendokumente nicht verschafft, anvertraut werden, wenn auch die gezahlte Cessionsvaluta viel weniger beträgt. Pr. des Obertrib. v. 6. August 1845 (Schles. Arch. Bd. VI, S. 467).

über welche hinaus der Gläubiger bei seiner eidlichen Schätzung nicht gehen kann, wogegen ihm freisteht, eine mindere Summe zu beschwören [12]). II. Der einmal auferlegte Eid kann von dem Kläger nicht mehr abgelehnt und durch andern Beweis ersetzt werden [13]), wenngleich er eine Begünstigung des Klägers, zur Strafe des Vorsatzes oder Ungehorsams des Beklagten, ist; wird der Eid nicht geschworen, so ist der Beklagte nur das eingeräumte Minimum schuldig. Davon verschieden ist aber der Fall, wenn der Gläubiger nach Entscheidung der Sache über das Interesse die Forderung desselben bei Seite stellt und den ursprünglichen Gegenstand selbst fordert: dieser Klage steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen [14]). Auf das Verhältniß der Parteien zu einander kommt bei diesem Eide nichts an; er kann daher auch Kindern gegen die Eltern, und Personen geringern Standes gegen Vornehme auferlegt werden, desgleichen kann er gegen die Erben des Schuldners stattfinden [15]). Auch der Erbe des Gläubigers kann den Eid leisten, ohne Unterschied, ob er selbst den Prozeß geführt hat, oder ob der Erblasser nach rechtskräftiger Entscheidung und vor Ableistung des Eides verstorben ist, namentlich kann in dem zweiten Falle der Beklagte nicht, wie bei einem andern nothwendigen Eide, fordern, daß er nun selbst zum Eide verstattet werde, weil von ihm die Schätzung des durch ihn verursachten Schadens unter keinen Umständen ausgehen kann. Der Erbe muß in diesem Falle den Eid ganz unverändert, nicht etwa de ignorantia, schwören, d. h. er selbst muß nun schätzen [16]). Wer für unfähig erklärt worden ist, einen nothwendigen Eid zu schwören, kann gleichwohl zum Schätzungseide gelassen werden, doch nur im Falle des Betruges oder der vorsätzlichen Beschädigung (Note 16). III. Die im G. R. von dem juramentum in litem

---

12) §. 25 das. — A. L. R. I, 6, §§. 94, 134; I, 9, §. 459; I, 14, §. 31; I, 20, §. 192. — L. 4, §. 2 D. de in litem jur. (XII, 3); L. 68 D. de rei vind. (VI, 1). Ueber die Auslegung dieser Stellen s. Recht der Ford. §. 30, Nr. 8.

13) A. G. O. §. 17 a. a. O. — Anders nach G. R. L. 71 D. de rei vind. (VI, 1); L. 1, 2 C. de in litem jur. (V, 53). — Leyser, Sp. 146, m. 4.

14) Z. E. ein Erbe hat von dem Inhaber der Erbschaft, weil dieser kein Inventarium geben will, sein Interesse gefordert, und er findet nach Zuerkennung des Schätzungseides, daß die Erbschaft weit mehr als das angegebene Interesse ausmacht. Hier kann er die Wahl wieder aufgeben und den falschen Erben zwingen lassen, ein Inventarium vorzulegen. Exekutionsordn. v. 4. März 1834, §. 9.

15) A. G. O. I, 22, §§. 13 und 14. Anders nach G. R. L. 4 C. de in litem jur. (V, 53).

16) A. G. O. I, 22, §. 16. Recht der Ford. §. 30, II, Nr. 3.

unterschiedenen verwandten Eide, nämlich das juramentum in litem veritatis, auch quantitatis, welches zur Feststellung der Summe in dem Falle dient, wenn der Grund der Forderung bewiesen ist[17]; das juramentum Zenonianum, welches weiter nichts als eine Anwendung des gewöhnlichen juramentum in litem auf den Fall der Gewalt ist[18], werden im Pr. Rechte nicht für besondere Eide angesehen. Das s. g. juramentum quasi Zenonianum aber ist aus der gemeinrechtlichen Praxis aufgenommen[19].

ff) Verzug (Mora).

A. L. R. I, 16, §§. 16–26, 66–71. — Die Pr. Literatur hat darüber keine besondere Schrift. Aus der gemeinrechtlichen Literatur ist die Schrift von v. Madai, die Lehre von der Mora, dargestellt nach den Grundsätzen des Röm. Rechts, gr. 8. Halle 1837 hervorzuheben, sie ist auch für das Studium der Dogmengeschichte sehr brauchbar und giebt die ältere Literatur an. Die neuere Schrift von Wolff, zur Lehre von der Mora, Göttingen 1841, ist für den genannten Zweck weniger brauchbar.

§. 474.

a) Begriff und Arten.

I. Mora (Zögerung, Verzug, cessatio, dilatio, frustratio) heißt die rechtsverletzende Unterlassung der Erfüllung einer Obligation zur gehörigen Zeit[1]. Auf die dadurch entstehenden Modifikationen bezieht sich die Lehre von der Mora. Ueber das Wesen der Mora ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Streit, Viele erklären jede wider den Willen des Andern eintretende oder fortgesetzte Säumniß für Mora, Andere erfordern dazu noch das Merkmal der Schuld. Die zweite Meinung ist in dem A. L. R. angenommen[2]. Darnach ist also Verzug, im rechtlichen Sinne, eine verschuldete oder zurechenbare Säumniß bei Erfüllung einer

---

17) Dieser Eid wird im Pr. Rechte ganz richtig als ein gewöhnlicher Erfüllungseid behandelt. A. G. O. I, 13, §. 26.

18) L. 9 C. unde vi (VIII, 4). Recht der Ford. §. 30, Nr. III, 2.

19) I, 14, §§. 30–32; II, 8, §§. 452–454. Vergl. Leyser, Sp. LXVI, m. 9; Mevius, Dec. T. II, P. IX, dec. 55; Lauterbach, Tr. de nautis, §. 51; Voet, Comm. IV, 9, §. 8 u. A. Die Meinung war bestritten. De Cocceji jur. civ. controv. L. XVI, T. 3, qu. 5.

1) I, 16, §§. 15, 16. — L. 37 i. f. D. mandati (XVII, 1); L. 3, §. 4; L. 17, L. 21 D. de usuris (XXII, 1).

2) I, 16, §§. 17, 26; I, 11, §§. 833, 834; II, 7, §. 480.

Obligation. II. Eine solche Säumniß kann eben so auf der Seite des Gläubigers (mora accipiendi) wie auf der des Schuldners (mora solvendi) vorkommen. Eine andere Eintheilung bezieht sich auf die Entstehungsart, je nachdem eine Mahnung erforderlich ist oder nicht. In dem erstern Falle nennt man sie mora ex persona, in dem zweiten mora ex re[3]). Eine Anzahl Fälle, in welchen die Wirkungen der Mora, ohne Mahnung, eintreten, kommen auch im Pr. R. vor (§. 460); der Ausdruck der Mora wird für den Grund dabei nicht gebraucht; dieser ist auch in der That ein anderer als der Verzug: es ist eine Rechtsverletzung anderer Art, deren Begriff dem der Mora coordinirt ist.

§ 475.

β) Begründung der Mora.

Jede Mora setzt eine wirksame, d. h. fällige und klagbare Obligation voraus[4]); eine zu frühe Einforderung ist ganz wirkungslos. Bei zweiseitigen Obligationen kann daher eine Mora nicht eher eintreten, als bis der eine Theil erfüllt hat oder zu erfüllen bereit ist[5]). I. Die mora solvendi erfordert: 1. eine Mahnung (Interpellation), d. i. eine ganz formlose gerichtliche oder außergerichtliche Anzeige des Gläubigers an den Schuldner, daß er nun die Erfüllung erwarte[6]). Der Grund dieses Erfordernisses ist, weil sonst die Rechtsverletzung nicht erkennbar, indem es mit dem Interesse und den Wünschen des Gläubigers, nach den Umständen, übereinstimmen kann, daß ihm gerade nicht am

---

3) Die mora ex re ist streitig. Die L. 32 pr. §. 1 D. de usuris (XXII, 1), L. 23 D. de verb. obl. (XLV, 1), L. 5 D. de reb. cred. (XII, 1) leugnen die mora ex re; in andern Stellen geschieht derselben Erwähnung. L. 23, §. 1 u. L. 38, §. 1 D. de usuris; L. 5 D. de minor. (IV, 4); L. 26. §. 1 D. de fideicommiss. libert. (XL, 5); L. 3, §. 2 D. de adim. leg. (XXXIV, 4); L. 3 C. in quib. caus. in integrum (II, 41); L. 7 C. de cond. ob turp. c. (IV, 7).

4) L. 88 D. de reg. jur. (L. 17); L. 40 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 49, §. 3; L. 127 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 54 D. de pact. (II, 14).

5) I, 16, §§. 22, 23; I, 5, §§. 232, 271. — L. 18, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6); L. 24 C. de evict. (VIII, 24); L. 40 i. f. D. de reb. cred. (XII, 1).

6) Einige gemeinrechtliche Schriftsteller, z. B. Madihn, Princip. jur. rom. P. 1, §. 121, wollen die außergerichtliche Mahnung nicht gelten lassen. Diese Ansicht hat in der Pr. Gerichtspraxis nie Anerkennung gefunden. Hymmen, VIII, 177. — Die Insinuation der Klage ist eine Mahnung in höherer Potenz. A. G. O. I, 7, §. 48 lit. d; A. L. R. I, 7, §. 222.

Verfalltage die Empfangnahme der Leistung zugemuthet wird. Die Anzeige (Mahnung) muß auf eine nach Zeit und Ort angemessene Art (opportuno loco), und dem Schuldner selbst, oder, wenn er juristisch unfähig ist, dessen Stellvertreter geschehen [7]). Die einmal begründete Mora geht auch auf die Erben über [8]). Der Mahnung bedarf es in dem Falle nicht, wenn die Zeit der Erfüllung durch Willenserklärung, oder durch richterlichen Ausspruch, oder durch Gesetz bestimmt ist [9]). 2. Auf die gehörig geschehene Mahnung muß die Erfüllung ohne rechtlichen Grund (sine justa causa) unterblieben sein [10]). Zum Beweise Dessen bedarf es nur des Beweises der äußerlich wahrnehmbaren Erfordernisse, und es ist dann Sache des Schuldners, die Gründe, durch welche gleichwohl die Mora ausgeschlossen sein soll, anzugeben und nachzuweisen [11]). Gründe, welche nur in den Umständen des Schuldners liegen, z. B. daß er arm ist, gelten nicht [12]). Als rechtliche Gründe werden angesehen: a) wenn Zeit zur Anstalt gebraucht oder durch zufällige Unmöglichkeit die Erfüllung aufgehalten wird [13]); b) wenn Jemand in Staatsangelegenheiten abwesend zu sein genöthigt wird, ohne daß es ihm vorher möglich gewesen ist, die Besorgung seiner Geschäfte zu veranstalten [14]); c) wenn der Gläubiger dem Schuldner den Verlust der zu gebenden individuellen Sache geflissentlich verursacht hat [15]). II. Die mora accipiendi tritt ein, wenn der Gläubiger die Annahme der ihm am gehörigen Orte und zur gehörigen Zeit angebotenen Lei-

---

7) I, 16, §. 21. — L. 24, §. 2; L. 32, §. 1 D. de usuris (XXII, 1), L. 24, 49, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1). Nicht dem Vormundschaftsgerichte, sondern dem Vormunde eines Mündels muß die Mahnung zugestellt werden.

8) L. 27 D. de usuris (XXII, 1); L. 87, §. 1 D. de leg. II.

9) I, 16, §§. 20, 67. — Diese Regel: dies interpellat pro homine, ist gemeinrechtlich bekanntlich lebhaft bestritten. — Auch bei bedingt obliegenden Zahlungen muß dem Schuldner selbst, nicht etwa bloß seinem Mandatar der Eintritt der Bedingung bekannt geworden sein. §. 68 a. a. O. Pr. des Obertrib. 1774, v. 21. August 1846.

10) L. 32 pr. D. de usuris (XXII, 1).

11) I, 11, §. 939; II, 7, §. 480. — Crim.-Ordn. §§. 367, 373.

12) I, 18, §. 776. Aus L. 137, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1).

13) I, 16, §. 2; I, 6, §. 39; I, 11, §§. 96, 102, 216. — L. 21 D. de usuris (XXII, 1); L. 73, 137, §§. 2—4 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 23, §. 1 D. de receptis (IV, 8).

14) A. G. O. I, 20, §§. 8—15; A. L. R. I, 9, §. 518. — L. 23, 17, §. 3 D. de usuris (XXII, 1).

15) I, 5, §. 361. — L. 6 D. de doli mali (XLIV, 4).

stung ohne zureichenden Grund verweigert [16]). 1. Das Anerbieten (oblatio) muß von der Art sein, daß der Gläubiger, wenn er wollte, die Leistung, so wie sie ihm gebührt, auf der Stelle empfangen könnte. Darnach bestimmt sich von selbst, in wiefern ein bloß wörtliches Anbieten genügt. Hat der Schuldner an dem Aufenthaltsorte des Gläubigers eine bewegliche Sache zu geben oder eine Handlung zu leisten, so muß er Alles, was dazu gehört, mitbringen; muß aber der Gläubiger sich zur Empfangnahme an einen andern Ort verfügen, so genügt die Anzeige: daß dort Alles zur Erfüllung bereit sei. Ein diesen Erfordernissen nicht entsprechendes Anbieten ist wirkungslos. Die Deposition ist in keinem Falle zur Begründung der Mora erforderlich [17]). 2. Vor dem Verfalltage kann die Erfüllung nur in dem einen Falle mit Erfolg angeboten werden, wenn der Termin bloß zum Besten des Schuldners bestimmt ist. 3. Von den Gründen gilt im Allgemeinen das für die mora solvendi Anerkannte. Zweifelhafte Gründe entschuldigen nicht [18]).

§. 476.

γ) Wirkungen der Mora.

I. Gemeinschaftliche Wirkung der Mora ist, daß keinem Theile seine Mora zum Vortheile gereichen kann [19]). II. Die Folgen der Mora des Schuldners sind: 1. Der Schuldner überkommt in Fällen, wo die Gefahr nicht schon aus einem allgemeinen Grundsatze bei ihm ist, die Gefahr des Zufalls, d. h. die zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung befreit ihn nicht mehr oder vielmehr vernichtet den Vertrag nicht mehr (§. 466, II); doch mit dem Unterschiede, daß ihm bei solchen Obligationen, die nicht durch unerlaubte Handlungen entstanden sind, ein Zufall, der die Sache ebenso auch bei dem Gläubiger getroffen haben würde, nicht

---

16) I, 16, §§. 215, 216, 218. — L. 39, 72 pr. D. de solut. (XLVI, 3); L. 73, §. 2; L. 122 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 3, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1).

17) Die Meinungen nach G. R. hierüber, so wie über die Erfordernisse der Oblation, sind getheilt. S. Recht der Ford. §. 33. Madai, a. a. O. §§. 37, 38 und 41.

18) I, 16, §. 218; L. 72 D. de solution. (XLVI, 3). — si — sine justa causa — accipere recusavit.

19) I, 3, §. 35; L. 37 i. f. D. mandati (XVII, 1).

schadet (§. 466, Nr. II, 3). Diese Ausnahme muß der Schuldner einwenden und beweisen. 2. Bei alternativen Obligationen verliert der Schuldner die Wahl erst dann, wenn er es zur Exekution kommen läßt (§. 454, Nr. III). 3. Vom Eintritt der Mora an muß der Schuldner, nach Maßgabe seiner Verschuldung[20]), das Interesse des Gläubigers leisten. Doch werden bei Geldschulden, ohne weitere Unterscheidung der Grade des Versehens, landübliche Zinsen als das Interesse des Gläubigers dem Schuldner auferlegt, und nur wenn der Gläubiger ein höheres Interesse fordert, ohne daß ein solches auf den Fall der Mora besonders ausbedungen worden, wird Dolus oder grobes Versehen als Ursache der Mora, neben hinlänglichen Mitteln vorausgesetzt (§. 460, Nr. III, 1a). 4. Der Gläubiger kann in folgenden Fällen von dem Vertrage zurücktreten: a) wenn der Schuldner ohne rechtmäßigen Grund die Erfüllung verweigert, und der Weigerungsgrund von dem Richter verworfen worden ist[21]); b) bei Käufen über bewegliche Sachen unter 50 Thlr., wenn der Käufer innerhalb der bestimmten Frist die Sache nicht abholt, oder wenn er, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und den Betrag des Kaufpreises, das nicht kreditirte Kaufgeld bei der Uebergabe nicht zahlt[22]); c) bei Käufen nach Maß und Gewicht, wenn daran Etwas bei der Uebergabe fehlt und das Fehlende nicht bis zum Ablaufe der Zeit herbeigeschafft wird[23]); d) bei jeder nothwendigen Subhastation, wenn das Kaufgeld nicht zu der bestimmten Zeit bezahlt wird[24]); e) bei dem Verdingungs- und bei dem Verlagskontrakte, wenn das bedungene Werk durch Saumseligkeit des Werkmeisters oder Ver-

---

20) I, 16, §§. 17, 26. Ist ganz abweichend vom G. R. Auch Diejenigen, welche das Merkmal der Culpa bei der Mora fordern, verlangen nur Zurechnung überhaupt, um alle Folgen der Mora eintreten zu lassen.

21) I, 5, §. 397. Dieser Fall ist ganz unpraktisch, weil erst darüber ein Prozeß geführt werden soll: ob der Weigerungsgrund rechtmäßig oder nicht. Vergl. u. §. 568, Note 10.

22) I, 11, §§. 229, 230, 226. S. unten §. 676, Note 1. Warum es hier, im §. 229, bei Bestimmung der Summe unter, und nicht, wie bei der Nothwendigkeit der schriftlichen Form, nicht über 50 Thlr. heißt, ist nicht erfindbar. Sicher hat man doch bei dieser Bestimmung (§. 229 d. T.) jene Grenze im Sinne gehabt.

23) Ebend. §§. 207—209. Die mangelhafte Uebergabe darf aber noch nicht angenommen sein, sonst findet aus diesem Grunde der Rücktritt nicht statt. §. 210.

24) Ebend. §. 346. Die Resubhastation ist danach nicht die Exekution eines rechtskräftigen Urtels, sondern der Rücktritt von dem Kontrakte. Damit stimmt auch der §. 62, I, 52 der A. G. O. Wegen der Fassung des §. 63 ebd. ist es aber zweifelhaft.

fassers nicht zur bestimmten Zeit abgeliefert wird[25]); f) bei dem Miethś- und Pachtkontrakte, wenn die Sache dem Pächter oder Miether nicht bedungenermaßen, also nicht zur gehörigen Zeit und nicht in der verabredeten Beschaffenheit, übergeben wird; und auf der andern Seite, wenn der Miether oder Pächter mit dem Zinse für zwei Termine in Mora ist[26]). Die von einigen Neuern behauptete allgemeine Wirkung der Mora, daß der Gläubiger alle Mal, wenn ihm die Leistung unnütz geworden, vom Vertrage abgehen könne[27]), ist nicht anerkannt. III. Die mora accipiendi hat folgende Wirkungen: 1. Hinsichtlich der Gefahr des Zufalls treten, nach A. L. R., nur im Falle einer verschuldeten Mora gewisse nachtheilige Folgen ein, welche sich im Allgemeinen nach dem Grade der Verschuldung bestimmen. Bei einigen Rechtsgeschäften finden sich besondere Bestimmungen. a) Bei dem Kaufe wird zwischen dem gänzlichen Untergange und der Verschlimmerung der Sache unterschieden. Zufällige Verschlimmerungen treffen den säumigen Käufer ohne Unterschied des Grades der Verschuldung; im Falle des gänzlichen Untergangs der Sache soll der Käufer gleichfalls schon bei jeder Saumseligkeit den Verkäufer schadlos halten, das Kaufgeld aber soll er erst bei der aus einem mäßigen Versehen entstandenen Zögerung zu zahlen schuldig sein[28]). b) Bei Verträgen über ein verdungenes Werk soll, ohne daß ein Unterschied nach den Graden der Verschuldung gemacht wird, der Besteller, wenn er die Uebernehmung des fertigen Werks ohne rechtlichen Grund verzögert, alle Gefahr tragen und noch überdieß für den Lohn Zögerungszinsen zahlen, auch allen sonstigen aus der Zögerung folgenden Nachtheil oder die durch längere Aufbewahrung des Werks entstandenen Kosten ersetzen[29]). c) Bei alternativen Obligationen und bei obligationes generis treten, nach geschehener Wahl oder Aussonderung der zu gebenden generischen Stücke, dieselben Grundsätze wie bei dem Kaufe einer bestimmten Sache ein, weil nunmehr das Genus gleichfalls in eine Species verwandelt

---

25) §§. 938 u. 1001 a. a. O. Bei Verträgen über Handlungen überhaupt. §. 568, IV.

26) I, 21, §§. 272, 273, 298.

27) Thibaut, System, §. 99, II, 5. — Glück, Commentar, IV, §. 330, S. 417. — Angenommen im Code civil, Art. 1184.

28) I, 11, §§. 98, 102 u. 103. — Die Schadloshaltung für den Verlust der Sache muß hier also doch geringer gedacht sein als das Kaufgeld.

29) I, 11, §§. 939, 940. Ueber die Anwendung s. Recht der Ford. §. 34, Nr. III, B, Bd. I, S. 363 ff.

worden ist[30]; ist noch keine Wahl getroffen, so hat der Schuldner die Wahl, entweder die Sachen oder den zur Zeit der Anbietung gestandenen Werth zu geben[31]. Will der Schuldner sich von der Gefahr des Zufalls befreien, so muß er deponiren[32]. 2. Der Schuldner wird von der Haftung für ein mäßiges Versehen befreit, er bleibt nur noch für Vorsatz und grobes Versehen verhaftet[33]. 3. Der Schuldner wird von den nachtheiligen Folgen seiner eigenen schon begründet gewesenen Mora wieder befreit[34], mithin fallen die nur in der Mora gegründeten Zinsen und Strafen weg[35]; wo ein anderer Rechtsgrund als Mora die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung bedingt, wird darin durch die mora accipiendi nichts geändert[36].

§. 477.

δ) Tilgung der Mora (purgatio morae).

I. Die Mora des Schuldners mit ihren nachtheiligen Wirkungen hört auf: 1. Durch vollständige Tilgung der Hauptobligation, welches den Sinn hat, daß, wenn der Gläubiger über die Hauptschuld ohne Vorbehalt quittirt, die bis dahin entstandenen Verzugszinsen für erlassen angesehen werden (§. 460, Nr. III, 2; §. 462, Note 6). Dasselbe gilt auch von der Tilgung der Schuld

---

30) Recht der Ford. a. a. O. S. 366 ff. — L. 105 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 72 pr. §. 4 D. de solut. (XLVI, 3).

31) I, 11, §§. 859, 860; II, 7, §. 479. Nach L. 3, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1) muß der Gläubiger sich mit dem niedrigsten Preise aus der Zwischenzeit begnügen, wie er umgekehrt im Falle der mora solvendi den höchsten fordern kann. Vergl. L. 37 D. mandati (XVII, 1).

32) I, 11, §. 99; I, 16, §§. 229, 234. Hierüber und über die abweichende Meinung Anderer s. Recht der Ford. a. a. O. S. 368.

33) I, 11, §§. 98, 112. — L. 5, 17 D. de periculo (XVIII, 6); L. 9 D. sol. matrim. (XXIV, 3). — A. L. R. I, 6, §. 21.

34) I, 16, §§. 24, 25. — L. 161 D. de reg. jur. Man kann diese Wirkung auch als eine Folge der purgatio morae ansehen.

35) I, 16, §. 229. Um diese Wirkung hervorzubringen, ist es durchaus nicht nöthig, daß der Schuldner von der ihm zustehenden Befugniß (nicht obliegenden Pflicht) der Deposition Gebrauch mache.

36) I, 11, §§. 111, 112. — L. 7 D. de usuris (XXII, 1). Pr. des Obertrib. 1029, vom 20. August 1841, wonach z. B. der Käufer eines Grundstücks, welchem die Uebergabe gehörig geleistet wird, von der Verbindlichkeit, das rückständige Kaufgeld vom bestimmten Zahlungstage ab zu verzinsen, dadurch nicht frei wird, daß der Verkäufer die Annahme der Zahlung versäumt oder aus unerheblichen Gründen ablehnt.

durch Novation[37]), selbst unter einer Bedingung[38]), da in der bedingten Novation jedenfalls zugleich eine Fristbewilligung enthalten ist. 2. Durch Fristbewilligung, wofür jedoch ein stillschweigendes Verhalten des Gläubigers nach eingetretener Säumniß des Schuldners, oder die Annahme von Abschlagszahlungen in der Regel nicht angesehen wird[39]). Eine Ausnahme gilt bei Erbzinsgütern, wo die nachtheiligen Folgen der verzögerten Zinszahlung durch Annahme einer Abschlagszahlung auf den Zinsrückstand für erlassen erachtet werden[40]). 3. Durch gehörige Anbietung der Leistung, wenngleich dadurch der Gläubiger nicht in eigentliche Mora versetzt wird[41]). 4. Durch jede spätere Mora des Gläubigers[42]). In allen diesen Fällen, wo die Hauptobligation fortbesteht, fallen nur für die Folge die Wirkungen der Säumniß weg, die bis dahin begründeten Rechte des Gläubigers werden durch die purgatio morae nicht aufgehoben[43]). II. Der Gläubiger hebt seine mora accipiendi auf durch die dem Schuldner angezeigte thatsächliche Bereitschaft zur Empfangnahme der Leistung. Mit diesem Zeitpunkte fallen die Folgen der Säumniß auf den Schuldner zurück. III. Gleichzeitige Mora beider Theile hebt sich gegenseitig auf, weil Keiner dem Andern wegen Nichterfüllung Etwas vorzuwerfen hat, wie z. E. in dem Falle, wo beide Theile an einem dritten Orte zusammenkommen müssen und Keiner sich einfindet[44]). Bei ungleichzeitiger Mora beider Theile kommt es auf die jüngste an, nur müssen die schon entstandenen Folgen der ältern von Demjenigen, durch dessen Säumniß sie entstanden sind, getragen werden; ist nicht zu ermitteln, welche Fol-

---

37) L. 8 pr., L. 18 D. de novat. (XLVI, 2); L. 72, §. 2 D. de solut. (XLVI, 3); L. 29, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 17 D. de cond. furt. (XIII, 1).

38) L. 14 pr. D. de novat. (XLVI, 2); L. 72, §§. 1, 3 D. de solut. (XLVI, 3). — Vergl. L. 31 pr. D. de novat., und L. 56, §. 8 D. de verb. obl. (XLV, 1).

39) I, 16, §§. 70, 69, 58. — L. 29 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1).

40) I, 18, §. 777. War vor dem A. L. R. streitig und ist jetzt, nach dem Gesetze vom 2. März 1850, obsolet. S. Bd. I, §§. 309—316.

41) L. 73, §. 2 D. de verb. obl.; L. 91, §. 3 D. eod. (XLV, 1).

42) I. 16, §§. 24, 25. — L. 17, pr. D. de periculo (XVIII, 6).

43) I, 16, §§. 24, 70. — L. 23, pr. D. de receptis (IV, 8); L. 31 pr. D. de novat. (XLVI. 2); L. 17 D. de periculo (XVIII, 6).

44) I, 16. §. 22. — L. 51 pr. D. de act. emti (XIX, 1). — L. 17, §. 3, L. 19, §. 1 D. de usuris (XXII, 1). — Fritz über die gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners (Archiv für civil. Prax. Bd. X, S. 155 ff.).

gen die ältere Mora gehabt hat, so wird nur auf die spätere Zögerung gesehen[45]).

§. 478.

c) Privatstrafen.

Privatstrafen sind solche Folgen einer Rechtsverletzung, welche von der Ausgleichung der Rechtsverletzung selbst unabhängig sind und mithin den Verletzten bereichern. Im Pr. R. sind sie selten, weil an ihre Stelle in den allermeisten Fällen eine öffentliche Strafe getreten ist. Sie kommen nur noch vor: 1. bei Forstdefraudationen[1]); 2. im Eherechte bei Ehescheidungen und bei dem ungerechtfertigten Rücktritte von einem Ehegelöbnißvertrage[2]); 3. bei dem Erbzinsvertrage, wenn der Laudemialberechtigte durch Simulation einer geringern Kaufsumme bevortheilt worden ist[3]); 4. bei Beschädigungen durch Vieh[4]).

4) Nebenbestimmungen des Gegenstandes.

§. 479.

a) Zeit der Erfüllung.

Die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit ist entweder ausdrücklich verabredet, oder nicht. Das Erstere kann durch Festsetzung eines bestimmten Tages (dies, Termin), oder auch so geschehen, daß die Zeitbestimmung Einem der Kontrahenten überlassen wird. I. Ist die Zeit ganz unbestimmt geblieben, so kann der Gläubiger die Erfüllung sogleich fordern[1]), und wenn der Schuldner die Fälligkeit nicht einräumt, so hat der Richter nach seinem Ermessen,

---

45) I, 16, §§. 24, 25. — L. 17 D. de periculo (XVIII, 6); L. 24 D. de receptis (IV, 8), und Note 41.

1) Ges. v. 7. Juni 1821. — C. W. Hahn, das Holzdiebstahlsgesetz vom 7. Juni 1821, mit Commentar, Ergänzungen und Beilagen, gr. 8. Breslau, 1836.

2) II, 1, §§. 783, 112. Gilt nicht in Nichtigkeitsfällen.

3) I, 18, §. 725. Auf andere laudemialpflichtige Grundstücke, die nicht ursprünglich durch Erbzins- oder Zinskontrakt (§. 815 a. a. O.) überlassen worden sind, findet dies keine analoge Anwendung. Pr. des Ober-Trib. 2051, v. 13. Septbr. 1848. Nachdem das Ober-Eigenthum des Erbzinsherrn, mit Vorbehalt der Abgabe, durch das Ges. v. 2. März 1850 aufgehoben und dem Erbzinnsmanne das volle Eigenthum beigelegt worden ist, läßt sich der Wegfall dieser Strafbestimmung, als eines Ausflusses der Oberherrlichkeit, außer der vorbehaltenen Abgabe, behaupten.

4) Recht der Forderungen, §. 397, Bd. III, S. 974. Feldpolizei-Ordn. v. 1. Novbr. 1847, §§. 8 u. 11. (G. S. S. 377.)

1) I, 16, §. 20; I, 11, §§. 92, 215, 221, 934, 1000—1004. — L. 14, 186 D. de reg. jur.; L. 41 §. 1; L. 137 §. 3 D. de verb. obl. (XLV, 1).

mit Rücksicht auf Umstände und Zweck, darüber zu befinden [2]). Erfordert die Erfüllung vorher zu treffende Anstalten, so verurtheilt der Richter den Beklagten zwar, jedoch unter Beifügung einer angemessenen Frist (tempus legitimum), welche bei einseitigen Geldobligationen auf drei Monate, und wenn die Summe nicht mehr als 50 Thaler beträgt, auf vier Wochen gesetzlich bestimmt ist [3]). Eine Ausnahme machen die Verbindlichkeiten aus wohlthätigen Verträgen, bei welchen die Erfüllung von der Willkühr des Schuldners abhängt, mithin bis zu dessen Tode aufgeschoben werden kann, soweit das eingeräumte Recht durch den Aufschub nicht wieder vereitelt wird [4]). II. Ist ein Tag verabredet, so wird im Zweifel angenommen, daß der Schuldner den ganzen Tag für sich habe, so daß erst mit dem Ablaufe desselben Verzug und Grund zur Klage eintritt [5]). Eine in unbestimmten Ausdrücken angedeutete nahe Zeit berechtigt den Gläubiger, sofortige Leistung zu fordern [6]); unter einer Bestimmung nach wiederkehrenden Zeitabschnitten in der Mehrheit, ohne Angabe der Zahl, werden zwei verstanden [7]). Das R. R. betrachtet die Frist als eine Begünstigung des Schuldners, daher ihm freisteht, schon früher zu leisten [8]), wenn nicht die entgegengesetzte Absicht der Parteien erhellet [9]). Das A. L. R. hat die Röm. Regel nur bei Legaten beibehalten [10]), sonst aber dem Termine nicht die Bedeutung einer Fristbewilligung beigelegt, sondern angenommen, daß bei der Verabredung der Vortheil beider Theile beabsichtigt worden sei, weshalb die Leistung vor der Zeit nicht angenommen zu werden brauche [11]). Die ohne

2) I, 5, §§. 230 und 231.

3) I, 11, §§. 761, 762. L. 105 D. de solut. (XLVI, 3). S. o. §. 460 Note 5. Die Abweisung zur Zeit bei einer unbedeutenden plus petitio tempore ist unrechtfertig. S. u. §. 482 a. E.

4) I, 5, §. 233. Vergl. I, 4, §. 103; I, 14, §§. 178, 196.

5) I, 5, §. 241; I, 3, §. 47. — L. 42 D. de verb. obl. (XLV, 1); §. 2 J. eod. (III, 16); §. 26 J. de inutil. stipul. (III, 20).

6) I, 5, §. 235. Dergleichen Ausdrücke sind z. E. „ehestens", „nächstens" „bald", „in diesen Tagen".

7) L. 217, §. 1 D. de verb. signif. (L, 16); L. 17, §. 3 D. de manumissis test. (XL, 4).

8) L. 70, L. 98, §. 4 D. de solut. (XLVI, 3); L. 38, §. 16, L. 41, §. 1, L. 137. §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 17 D. de reg. jur.

9) L. 15 D. de annuis leg. (XXXIII, 1); L. 122, pr. D. de verb. obl.

10) I, 12, §. 330. Folgerecht muß sie auch für den Schenker gelten.

11) I, 5, §. 241; I, 11, §. 758 u. I, 16, §. 56. Dieses wurde schon von einigen gemeinrechtlichen Schriftstellern behauptet. Bayer ad Tit. D. de solut. Nr. 25; Schulz de obl. et obsignat., cap. IV, Nr. 24. — Berger, Consil. Nr. 1056, Arg. 1.

Zustimmung des Andern zu früh geschehene Leistung befreiet den Schuldner nicht, er muß für den die gegebene Sache bis zum Termine treffenden Zufall haften und die zu früh geleistete Handlung zur bestimmten Zeit wiederholen, oder, wenn dieses nicht mehr angeht, den Gläubiger schadlos halten. Annahme der Leistung vor der Zeit ohne Vorbehalt gilt für stillschweigende Genehmigung, und irrthümlich zu früh geschehene Leistung kann gar nicht zurückgefordert werden [12]). Vor der Zeit einfordern darf der Gläubiger, wenn der Termin bloß zu seinem Vortheile bestimmt ist (Note 9), und wenn er durch Veränderung der Umstände des Schuldners in Gefahr kommt, bis zum Ablaufe der Zeit seine Forderung zu verlieren; weshalb in diesem Falle der Schuldner bis dahin auch durch Sicherstellung Genüge leisten kann [12a]). III. Ist die Zeit der Erfüllung in die Willkühr des Schuldners gestellt, so tritt der Verfalltag erst mit dem Tode desselben für den Erben ein, wenn alsdann, nach der Natur der Sache, die Erfüllung noch möglich ist; der Schuldner darf jedoch die künftige Erfüllung nicht geflissentlich unmöglich machen, sonst haftet der Erbe für Schadensersatz [13]). Zweifelhafte Ausdrücke, z. E. daß der Schuldner nach Möglichkeit oder nach Gelegenheit erfüllen solle, werden so ausgelegt, daß, wenn das Rechtsverhältniß erst durch denselben Vertrag gegründet worden, die Zeit von der Bestimmung des Schuldners abhangen solle, wenn aber die Verbindlichkeit schon vorher bestand, die Zeit unbestimmt geblieben (I) [14]). IV. Ist die Erfüllung zu fordern ausdrücklich in die Willkühr des Gläubigers gestellt, so kann er den Gebrauch seines Rechtes so lange hinausschieben wie er will, ohne daß dasselbe verjährt [15]).

---

12) I, 5, §§. 242—246.

12a) I, 5, §. 378; I, 11, §§. 759, 760; I, 20, §§. 441, 462; A. G. O. I, 29, §. 12. Wird auch nach G. R. angenommen.

13) I, 5, §§. 238, 239, 240. — L. 41, § 13 D. de leg. III; L. 9 D. qui sine manumiss. (XL, 8); L. 46, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1). Vergl. L. 11, §. 6 D. de leg. III, L. 4 D. locati (XIX, 2). — Wernher, Sel. obs. P. III, obs. 113.

14) I, 5, §§. 236, 237. Wurde schon nach G. R. angenommen. Gmelin, von Aufsätzen über Verträge, §. 31, S. 55.

15) I, 11, §. 317. — L. 48 D. de verb. obl, (XLV, 1).

§. 480.

b) Ort der Erfüllung.

I. Die subsidiarischen Bestimmungen des A. L. R. über den Ort der Erfüllung weichen von dem R. R. ganz ab. Die praktisch geltende Regel ist, daß die Erfüllung an dem Orte geschehen muß, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit seinen Wohnsitz hatte [16]. Davon gelten folgende Ausnahmen: 1. Wenn der Schuldner in Mora ist und der Gläubiger seinen Aufenthalt verändert, so muß der Schuldner die dadurch entstehenden Nachtheile dem Gläubiger erstatten [17]. 2. Die Verbindlichkeit aus einem wohlthätigen Vertrage oder aus dem Gesetze braucht nur an dem jedesmaligen Aufenthaltsorte des Schuldners erfüllt zu werden [18]. 3. Soll eine bewegliche Sache gegeben werden, gleichviel ob ein Genus oder eine Species, so muß es an dem Orte geschehen, wo der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Obligation wohnte [19], und zwar, wenn eine Geldsumme gegenzuleisten ist, muß die Zahlung an demselben Orte geleistet und angenommen werden [20]. 4. Bei Darlehnen, welche eingetragen sind, hat der Schuldner in dem Falle, wenn der Gläubiger seinen Wohnort nach Schließung des Kontrakts verlegt hat, die Wahl, entweder an dem vorigen Wohnorte des Gläubigers, oder da, wo das Hypothekenbuch befindlich, zu zahlen [20a]. II. Ist über den Ort eine Verabredung vorhanden, so muß der Richter die unklaren Bestimmungen nach den allgemeinen Auslegungsregeln, mit Rücksicht auf die Natur des Geschäfts oder auf die sonst deutlich erhellende Absicht der Kontrahenten, ergänzen [21]. Sind mehrere Orte alternative bestimmt, so hat im Zweifel der Schuldner die Wahl [22],

---

16) I, 5, §§. 248, 250. — Die Regel, wie sie im §. 27, Tit. 16, Th. I gefaßt ist, findet nur eine einzige Anwendung bei wohlthätigen Verträgen. Note 18.

17) I, 16, §. 16. Er wird z. B. die in Folge der Mora nöthig gewordenen Reise- und Transportkosten ersetzen müssen aber doch nicht gehalten sein, an einem andern Orte zu leisten, d. h. die Gefahr des Transports zu tragen.

18) I, 5, §. 249; I, 16, §. 52.

19) I, 5, §. 248; I, 11, §§. 94, 769—777.

20) I, 11, §. 93. Beiderseitige Leistungen geschehen Zug um Zug.

20a) I, 11, §. 774. Auf andere Hypothekenschulden ist dies nicht auszudehnen. Pr. 734, vom 7. Oktober 1839.

21) I, 5, §. 217. Das ist eigentlich nicht eine Ergänzung von Parteibestimmungen, sondern eine gewöhnliche Rechtsfindung oder Erkenntniß des Ausgemachten.

22) Ebend. §. 251. Wie nach R. R., nur mit der Abweichung, daß die

und im Falle der Exekution muß auf den Ort gesehen werden, der dem Schuldner am vortheilhaftesten ist. Ueber den Fall, wenn mehrere Orte conjunctim genannt sind, findet sich keine besondere Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dann zu unterscheiden: ob die Leistung theilbar oder untheilbar ist. Bei theilbaren Leistungen kann der Schuldner, vermöge der ihm in der Regel zustehenden Wahl, an jedem Orte einen von ihm selbst zu bestimmenden Theil abtragen; bei untheilbaren Leistungen ist die conjunctive Ortsbestimmung für eine alternative zu nehmen [23]). III. Wird die Erfüllung an dem bestimmten Orte unmöglich, so kommen die Grundsätze von der Unmöglichkeit der bestimmten Art der Erfüllung zur Anwendung [24]).

5. Beschränkung des Gegenstandes.

§. 481.

A. Durch Erfolglosigkeit des Zwanges.

Die Exekution (§§. 201, 202), welche dem Gläubiger zu seinem Rechte verhelfen soll, kann nur unter der Voraussetzung zum Zwecke führen, daß der Schuldner hinlängliche Mittel hat, gerecht zu werden; fehlt es daran, so hat die Forderung in soweit keine thatsächliche Geltung, sie vermindert sich faktisch um soviel als der Schuldner zu wenig hat [1]). Die christliche Sitte hat im Verlaufe der Zeit das strenge Recht so gemildert, daß der Schuldner auch nicht gänzlich bloß gestellt werden darf: ihm und seiner Familie müssen die täglichen Kleider und Leibwäsche, den Kranken und Wöchnerinnen die ihnen zum Gebrauch dienenden Betten [2]), und, wenn es sich um Einziehung von öffentlichen Abgaben und Gerichtskosten handelt, überhaupt die nothwendigsten Betten und Kleider, das unentbehrliche Hausgeräth und ein Stück Melkevieh

---

Wahl nicht schon mit Anstellung der Klage aufhört. L. 38 D. de judiciis (V, 1); L. 47, §. 1 D. de leg. I; L. 22 D. de rebus cred. (XII, 1); L. 12, §. 1 D. depositi (XVI, 3); L. 11, §. 1 D. ad exhib. (X, 4); L. 3, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1).

23) Vergl. L. 2, §. 4 D. de eo quod. certo loco (XIII, 4).

24) I, 5, §. 369. S. o. §. 366, Note 19 und 27.

1) Darauf bezieht sich die Paroemie: wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren.

2) I, 50, §§. 218, 315. K. O. v. 13. Dezbr. 1836 (G. S. 1837, S. 1). Ueber den Anlaß zu dieser K. O. s. Jur. Wochenschr. Jahrgang 1837, S. 98. — V. vom 13. Oktober 1843 (G. S. S. 336).

gelassen werden [3]). Hinsichtlich dessen, was der Gläubiger nicht zur Geltung bringen kann, darf er den Schuldner durch Personalarrest anhalten, mittelst Arbeit und Anstrengung seiner Kräfte das Fehlende herbeizuschaffen; und das letzte Mittel ist endlich, daß er den Schuldner, bei der Entlassung aus der in der Regel auf Ein Jahr eingeschränkten persönlichen Haft, zum eidlichen Angelöbniß zwingen kann, daß er, sobald es ihm irgend möglich sein werde, seinen Gläubiger befriedigen wolle [4]).

B. Durch Stundung.

§. 482.

a) Freiwillige.

Ein pactum de non petendo kann auch auf eine bestimmte Zeit geschlossen werden (p. de n. p. temporale), welches eine exceptio pacti dilatoria begründet [5]). Nach altem R. Rechte wurde der Kläger, wenn er früher klagte, für immer abgewiesen, zur Strafe der pluspetitio tempore; nach einer Konstitution von Zeno sollte er zur Strafe noch ein Mal so lange warten, nach Justinian'schem [6]) und heutigem Rechte aber wird der Kläger zur Zeit abgewiesen, nach der Praxis auch, wenn die Zeit nicht lang ist, der Beklagte mit der entsprechenden Fristbestimmung verurtheilt und der Kläger in die Prozeßkosten genommen, die ihm der Beklagte nur dann zu erstatten hat, wenn er nicht pünktlich Genüge leistet [6a]).

b) Unfreiwillige.

§. 483.

aa) Terminalzahlung.

In der Regel ist der Gläubiger nicht schuldig, Theilzahlungen anzunehmen [7]). Davon gelten folgende Ausnahmen. 1. Wenn

---

3) K. O. vom 30. Novbr. 1825, und R. vom 27. Oktober 1825 (Jahrb. Bd. XXVI, S. 389).

4) A. G. O. I, 24, §§. 142, 146. — K. O. vom 5. Juli 1832 (G. S. S. 176). Eidesweigerung hat Zwang durch Fortsetzung der Haft zur Folge.

5) L. 27, §. 1 D. de pactis (II, 14).

6) §. 10 J. de exceptionibus (IV, 13).

6a) Das läßt sich dadurch rechtfertigen, daß dem Kläger nur das abzuerkennen ist, was er tempore zu viel fordert. Die röm. Strafen der plus petitio fallen, mit Ausnahme der Kosten, weg.

7) I, 16, §. 58. — Vergl. §. 1 J. quib. mod. tollit. (III, 29); L. 21 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 41, §. 1 D. de usuris (XXII, 1).

eine Schuld zufällig auf Mehrere kommt, welche nur nach Theilen haften, so muß der Gläubiger von Jedem dessen Antheil einzeln annehmen [8]). Ist von Anfang mit Mehreren ein Rechtsverhältniß dergestalt eingegangen, daß Jeder nur für seinen Theil haftet, so ist eigentlich keine getheilte Schuld, sondern es sind so viele Obligationen nebeneinander vorhanden als Schuldner. 2. Wenn der Schuldner in solche Umstände kommt, in welchen ihm der Richter Theilzahlungen bewilligen muß. Dieses geschieht in folgenden Fällen: a) Wenn Künstler oder Handwerker nichts weiter als das zum Betriebe ihres Gewerbes nothwendige Werkzeug besitzen und eine Schuld beigetrieben werden soll, welche zu einer Zeit eingegangen ist, wo der Schuldner schon zum Stande der Künstler oder Professionisten gehörte: so muß der Gläubiger sich solche Terminalzahlungen gefallen lassen, durch welche er binnen drei Jahren vollständig befriedigt wird. Das Handwerkszeug darf dann nicht gepfändet, noch weniger darf der Schuldner mit Personalarrest verfolgt werden [9]). Wenn der Schuldner die Termine nicht hält, oder sein Werkzeug veräußert, so fällt die Rechtswohlthat weg [10]). b) Wenn Korporationen kein Gemeindevermögen besitzen, so muß der Gläubiger sich eine nur nach und nach zu leistende Zahlung gefallen lassen. Diese zu reguliren ist nicht Justizsache, sondern Regierungsangelegenheit, der Richter muß aber die Regierungsstelle darum requiriren [11]). c) Wenn ein zur cessio bonorum verstatteter Gemeinschuldner wieder zu bessern Vermögensumständen gelangt, so müssen die älteren Konkursgläubiger auf den erlittenen Ausfall Theilzahlungen, welche der Richter zu bestimmen hat, annehmen [12]).

bb) Moratorium.

A. G. O. I, 47. — Grattenauer, über General-Indult und Special-Moratorium, besonders in den Preußischen Staaten. 2te Aufl. 2 Bde. Breslau 1809. — Derselbe, über Indult und Moratorium (Mathis, Bd. V, S. 149

---

8) I, 16, §. 59. Z. B. bei Vererbungen.

9) A. G. O. I, 24, §. 95. — Anh. §. 159. — V. I, v. 4. März 1834, §. 14.

10) §. 96 der Pr. O. a. a. O. Was nicht Handwerkszeug im eigentlichen Sinne ist, kann der Gläubiger pfänden lassen. Dieser Art ist z. E. das Fahrzeug der Schiffer (R. vom 23. Juli 1801, Stengel, VIII, S. 352) und Fuhrleute (R. vom 15. April 1825), das Schankgeräth eines Tabagisten (R. vom 20. Novbr. 1830).

11) II, 6, §§. 97, 98. Anh. z. A. G. O. §. 153.

12) A. G. O. I, 48, §. 44.

ff.) — Aus der gemeinrechtlichen Literatur gehört die Abhandlung von Lotz, vom Verfahren in Moratoriensachen, in dessen civilistischen Abhandlungen (2te Ausg. Coburg und Leipzig, 1832) S. 283 flg. hierher, weil dabei die Bestimmungen der A. G. O. vorzüglich berücksichtigt worden sind. — J. H. Boehmer, de literis respiratoriis, Halae 1722, et in Exercit. ad Pand. Tom. III, exercit. 46, p. 159 sqq.

§. 484.

a) Begriff und Eigenschaften.

I. Moratorium (literae induciales, respirationis, securitatis, induciae quinquennales, Anstandsbrief) ist nach R. R. ein von dem Regenten gegebenes Privilegium, wodurch den Gläubigern des Privilegirten auf eine gewisse Zeit, gewöhnlich auf fünf Jahre [1]), das Recht versagt wurde. Dieses Institut ist in das Pr. Recht übergegangen [2]), doch hat es sich im Verlaufe der Zeit zu einem wirklichen Rechtsmittel gestaltet, indem die Landesherren die unmittelbare Ertheilung der Moratorien abgelehnt und den ordentlichen Gerichten überlassen haben, nach bestimmten Rechtsregeln, mit Vorbehalt der Appellation, darüber zu erkennen: ob dem Schuldner der verlangte Aufschub zu bewilligen, oder nicht [3]). Nach Pr. R. ist nunmehr das Moratorium eine von dem Richter aus besondern Gründen zuerkannte Zahlungsfrist. Dem G. R. ist das Moratorium gegen einen einzelnen Gläubiger zwar nicht unbekannt, doch ist gewöhnlich immer der Fall vorausgesetzt, wo mehrere Gläubiger andringen, und der Schuldner einen allgemeinen Schutzbrief auswirkt. Im Pr. R. ist seitdem, daß das Erkenntniß dem Richter überwiesen worden ist, auch ein besonderes Prozeßverfahren dafür vorgeschrieben worden, wobei denn eine Trennung beider Fälle sich von selbst nothwendig machte. Dadurch ist der Unterschied zwischen General- und Spezial-Moratorium deutlicher hervorgetreten. II. In der Regel wird das

---

1) Daher induciae quinquennales oder Quinquennal. Reichspol.-Ord. v. 1577, Tit. XXIII.

2) Andere neuere Gesetzgebungen, wie die Oesterreichische und Französische, haben es verworfen. Das Institut ist auf dem Rechtsgebiet eine Ironie.

3) Zuerst durch das Corp. jur. Frid. v. 1781, §§. 20 u. 71 flg., Tit. 23, Th. II. Ueber das ältere R. s. m. V. v. 3. Juni 1709 (C. C. M. II, 2, S. 46); V. v. 21. Juni 1713, §. 17 (Ib. II, 1, S. 518); Konk.-Ordn. v. 4. Febr. 1722, §§. 76—82 (Ib. II, 2, S. 103 flg.); Cod. Frid. March. Th. IV, Tit. 9, Sect. 4. Bezüglich auf Wechselschulden hatten das Ed. v. 19. Decbr. 1701 (Ib. S. 23 ff. Art. 38), und v. 18. März 1709, Art. 43 (Ib. II, 1, S. 475) besondere Bestimmungen.

Special-Moratorium höchstens auf drei Jahre ertheilt; nur besondere Umstände können ausnahmsweise eine längere Fristbewilligung rechtfertigen [4]). Die Frist fängt zwar erst an mit der Rechtskraft des Urtels, die Exekution wird aber schon auf die Provokation suspendirt [5]). Ein neues Moratorium gegen dieselben Gläubiger kann nicht gefordert werden [6]), ausgenommen wenn solche Umstände eintreten, die den Richter bewogen haben würden, von Anfang eine längere Frist zu bewilligen [7]). Auf das Moratorium kann nicht im Voraus verzichtet werden, ausgenommen von Kaufleuten oder solchen Personen, welche kaufmännische Gewerbe treiben, als: Fabrikanten, Apotheker, Rheder, Seeschiffer, solche Gutsbesitzer, welche neben der Landwirthschaft Fabrikgeschäfte betreiben [8]).

§. 485.

β) Voraussetzungen.

I. Die Schulden, hinsichtlich welcher das Moratorium schützen soll, müssen Geldschulden sein; gegen Forderungen auf eine Handlung, oder auf das Geben einer speziellen oder generischen Sache wird es nicht bewilligt [9]). Auch von den Geldschulden sind folgende ausgenommen: 1. Wechselschulden, wenn der Schuldner kaufmännische Rechte hat; andern Wechselschuldnern ist nur das Specialmoratorium gegen Wechselgläubiger versagt, nicht auch das Generalmoratorium, welches dann auch gegen Wechselgläubiger schützt [10]). 2. Rückständige und laufende öffentliche und gemeine Lasten und Abgaben; 3. Forderungen öffentlicher Kassen [11]);

---

4) A. G. O. I, 47, §§. 25, 85.

5) Ebend. §. 85. Entsch. der Ges.-Kommiss. v. 7. Januar 1783 (Klein, Annal. I, S. 76). Der Schuldner hat daher an der Verzögerung des Verfahrens Vortheil.

6) Arg. §. 99 a. a. O. Die Frage ist streitig.

7) Darüber muß jedenfalls rechtliches Gehör gestattet werden, unter dessen Verlauf das Recht des Gläubigers immerfort ruhet. R. v. 21. Novbr. 1812 (Jahrb. I, S. 275).

8) A. G. O. a. a. O. §. 100; A. L. R. II, 8, §§. 718—724. Ist im G. R. bestritten. Die Wechselfähigkeit ermächtigt nicht mehr zur Entsagung der Rechtswohlthat, wie früher, vor Einführung der A. D. W. O., die nun weggefallene Beilegung derselben durch ein s. g. Certifikat. (§§. 731—747 a. a. O.)

9) A. G. O. §. 2. — Boehmer, l. c. Cap. III, §. 3 sq.

10) A. G. O. §§. 66 und 97, Nr. 9. War streitig.

11) §. 97, Nr. 1 und 2 a. a. O. — Auffallend ist es, daß der Staat für sich selbst wegen seiner Privatrechte das nicht bewilligt, was er den Staatsbürgern zumuthet. Strafen machen nach ihrer Natur von selbst eine Ausnahme. R. v. 14. Novbr. 1801 (Stengel, XV, S. 220).

4. laufende Zinsen und zweijährige Zinsrückstände; 5. laufende jährliche Renten, Zinsen, Kanones und andere dergleichen gegen den Schuldner oder dessen Güter zustehende jährliche Hebungen; 6. laufende Alimente; 7. laufende Mieth- und Pachtgelder für Immobilien und die fälligen Termine aus dem laufenden Jahre; 8. laufendes Gesindelohn und Deputat, Erziehungs- und Unterrichtskosten für die Kinder des Gemeinschuldners und die Rückstände aus dem letzten Jahre vor Anbringung der Provokation; 9. Schulden, welche durch Verzehrung anvertrauten Guts entstanden sind [12]), nicht alle Schulden ex maleficio überhaupt [13]). II. Hinsichtlich der Person des Schuldners wird erfordert: 1. er muß an sich noch hinlängliches Vermögen besitzen, seine Schulden zu bezahlen; 2. es müssen Umstände sein, die es ihm für den Augenblick unmöglich machen, ohne seinen Ruin zu zahlen; 3. er muß gegründete Hoffnung haben, binnen der verlangten Frist die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger anzuschaffen und sich zugleich in seinem Nahrungsstande zu erhalten; 4. er darf nicht latitiren oder flüchtig sein [14]); 5. er muß die Forderung des Gläubigers, gegen welchen er das Moratorium verlangt, nicht frivol bestreiten, nicht der Strafe des frevelhaften Leugnens verfallen sein, nicht ohne allen rechtlichen Grund, bloß aus Chikane und zum Verschleife der Sache, in der Hauptsache appelliren, und auch nicht auf das Moratorium selbst ohne Noth, aus Chikane und zum Verschleife der Sache, provoziren [15]). III. Den Gläubigern muß für Kapital, Zinsen, Schäden und Kosten annehmliche Sicherheit bestellt werden, oder, wenn dies nicht angeht, muß der Schuldner sich solchen Maßregeln unterwerfen, welche ihn, ohne daß er der Verwaltung gänzlich entsetzt wird, verhindern, über sein Vermögen zum Nachtheil der Gläubiger zu verfügen [16]). IV. Auf die Stimmenmehrheit der Gläubiger bei Ertheilung eines Generalmoratoriums kommt nichts an, es wird bloß darauf gesehen, ob die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind; fehlt daran Etwas, so hat es zwar bei der Befristung, welche Einige gütlich unbedingt

---

12) A. G. O. §. 97 a. a. O. Alle diese Ausnahmen sind, wenngleich modifizirt, aus der Gemeinen Praxis herübergenommen.

13) So wollte es die Gemeine Praxis. **Boehmer**, l. c. §. 10 und A.

14) A. G. O. §§. 3, 5, a. a. O.

15) §§. 32—34 das. — Vergl. **Boehmer**, l. c. (Exercit. III, p. 195).

16) A. G. O. a. a. O. §§. 24, 81, Nr. 5, §. 74. Eidliche Kaution genügt nicht, wie Einige nach G. R. wollten. **Boehmer**, Cap. II, §. 14.

gestatten, sein Bewenden, aber hinsichtlich der Widersprechenden wird das Gesuch zurückgewiesen [17]).

§. 486.

γ) Wirkungen und Wiederaufhebung.

I. Das Moratorium wirkt wie ein Stundungsvertrag und schützt gegen die nachtheiligen Folgen der Mora [18]), doch nur gegen die zugezogenen Gläubiger und wegen schon entstandener Schulden [19]), und überdieß unter folgenden, mit Rücksicht auf den dem Gläubiger in seinem vollkommenen Rechte angethanen Zwang beliebten, Modifikationen: 1. Die laufenden Zinsen, so wie zweijährige Rückstände, müssen auch während des Verfahrens und während der Moratorienzeit entrichtet werden [20]); nicht weniger die Verzugszinsen vierteljährlich, vom Tage des Verzugs an [21]). 2. Sowohl die anhängigen Klagen können bis zur Exekution fortgesetzt, als neue Klagen angebracht werden, auch sind Kapitalskündigungen mit der Wirkung statthaft, daß, wenn die Frist während des Indults abläuft, die Einforderung doch erst nach Beendigung des Moratoriums zulässig ist [22]). 3. Die Kompensation wird durch das Moratorium nicht gehindert, ausgenommen in dem Falle, wenn der Gläubiger die Schuld eines Dritten an den Schuldner freiwillig, titulo singulari, übernommen hat, wo der Gläubiger diese Schuld nicht mit seiner gestundeten Forderung kompensiren kann [23]). 4. Dem Bürgen kommt das Moratorium zu statten, wenn es nicht länger als auf ein Jahr bewilligt worden

---

17) A. G. O. a. a. O. §§. 57, 79. Darin weicht das neue Pr. R. von dem ältern und dem G. R. wesentlich ab; nach L. 8 C. qui bonis cedere (VII, 71) mußte die Minderzahl sich gefallen lassen, was die Mehrheit wollte.

18) Schon von der Zulassung des Gesuchs an. A. G. O. §. 63 und Anh. §. 308. War streitig. Eine Ausnahme ist §. 9 verb. mit I, 24, §. 42 das. u. V. I, vom 4. März 1834, §. 7.

19) A. G. O. §§. 97, 101, 104. — Boehmer, Cap. III, §. 12.

20) §§. 37 und 97 Nr. 3 a. a. O. Anh. zur A. G. O. §. 309. War streitig.

21) §. 38 a. a. O. — War gleichfalls bestritten; Viele behaupteten folgerecht, daß die Verzugszinsen wegfallen müßten. Das Ganze ist positiv.

22) §§. 62, 111, a. a. O. Der §. 97, wonach „ihm weder Kapitalsaufkündigungen geschehen können", ist ungenau gefaßt; es ist die Einforderung gemeint. Der §. 111 ist darin ganz bestimmt. Im G. R. ist die Frage streitig.

23) I, 16, §§. 356—358. Ueber den Fall, wenn der Gläubiger seine Forderung, gegen welche das Moratorium gestattet worden ist, einem Schuldner des Schuldners cedirt, s. R. der Ford. §. 40. Nr. 4.

ist [24]). II. Das Moratorium hört vor Ablauf der Zeit auf: 1. zur Strafe, wegen Unwürdigkeit des Schuldners, a) wenn derselbe die Zinsen nicht richtig und prompt zahlt [25]); b) wenn er unordentlich wirthschaftet [26]); c) wenn er Wechselexekution gegen sich vollstrecken läßt [27]); d) wenn er bei Nachsuchung des Generalmoratoriums Gläubiger verschwiegen hat und den daraus entstehenden Verdacht, daß er die Gläubiger und den Richter zu hintergehen gesucht habe, nicht widerlegen kann [28]); e) wenn er neue Schulden macht oder ältere Schulden unabsichtlich verschwiegen hat, und auf Andringen der Gläubiger nicht bezahlen kann, ohne daß die den übrigen Gläubigern bestellte Sicherheit geschmälert wird [29]); 2. zur Sicherheit der Gläubiger, wenn in dem Vermögen des Gemeinschuldners oder in den den Gläubigern zur Sicherheit angewiesenen Gegenständen auch nur durch Zufall eine solche Veränderung eintritt, daß die Sicherheit nicht mehr zureicht [30]); 3. zum Vortheile der Gläubiger: a) wenn der Schuldner in solche Vermögensumstände kommt, daß er seine sämmtlichen Schulden zu bezahlen im Stande ist [31]); b) wenn der Schuldner stirbt [32]).

§. 487.

C. Durch Güterabtretung (cessio bonorum).

A. G. O. I, 48. — Aelteres R.: Edikt wider die Bankeruttirer, v. 14. Juni 1715 (C. C. M. II, 2, S. 51); Konkursordn. v. 4. Februar 1722, §§. 84 ff.

I. Die Güterabtretung ist das Mittel für einen Ueberschuldeten, die persönliche Schuldhaft und den Zwang zur Abarbeitung

---

24) I, 14, §. 299. Die widersprechende Bestimmung der A. G. O. I, 47, §. 114 gilt aus den oben §. 10, Bd. I, S. 57 angegebenen Gründen nicht. Die Meinungen über die Frage nach G. R. sind different.

25) A. G. O. I, 47, §§. 37, 110.

26) Ebend. §. 110. Der Prozeß aus diesem Grunde würde bei geschickter Führung wol länger dauern als das Moratorium.

27) Ebend. §. 66. Vorausgesetzt ist dabei, daß die Schuld so beträchtlich, daß für die übrigen Gläubiger eine Verschlimmerung der ihnen angewiesenen Sicherheit zu besorgen. Arg. §. 103.

28) §§. 102, 103, 108 das.

29) §§. 106—108 das. Der Richter muß von diesem Ereigniß den zum Indult verurtheilten Gläubigern von Amtswegen Nachricht geben. §. 107.

30) §§. 41, 110 das. Auch das Verfahren über diesen Grund läßt sich sehr hinhalten und nutzt dem Gläubiger nichts, es bringt ihn wol noch um viele Kosten.

31) §. 116 das. Wenn der Schuldner den Grund bestreitet, so muß darüber gleichfalls verfahren und erkannt werden.

32) §. 113 das. In diesem Falle bedarf es keines Erkenntnisses.

der Schulden abzuwenden. Die lex Poetillia Papiria (a. U. 427—429) kann als der Keim dieser s. g. traurigen Rechtswohlthat angesehen werden. Sie verbot, Schuldgefangene, wegen aus keiner unerlaubten Handlung entstandener Schulden, ferner zu fesseln, und gestattete den Gläubigern unmittelbar das Vermögen anzugreifen, was vorher nur mit Zustimmung des Schuldners zulässig war, weshalb das Recht sehr strenge Zwangsmittel gegen die Person gestattete. Das noch fortbestehende [1]) Recht der Gläubiger, die Person des Schuldners in ein abhängiges Verhältniß zu sich zu bringen, wurde erst später modifizirt, zuerst durch eine, unter Sulla, von Cajus Popilius in Vorschlag gebrachte Lex, welche verordnete: wer bonam copiam ejuraret, d. h. schwöre, daß er nicht zureichende Mittel zur Bezahlung seiner Schulden habe, solle nicht Nexus sein [2]); dann insbesondere für unglückliche Schuldner durch eine lex Julia, welche bestimmte, daß, wer unverschuldet zahlungsunfähig geworden, befugt sein solle, sein Vermögen, ohne Dazwischenkunft des Richters, seinen Gläubigern zu überlassen (bonis cedere), was die Folge haben sollte, daß er wegen des Ausfalls, nicht aber wegen neuer Schulden [3]), mit der persönlichen Haft und mit der Infamie verschont blieb und bei verbesserten Umständen nur das Mögliche zu leisten (das beneficium competentiae) hatte [4]). Die Gläubiger erhielten dadurch ein der missio in possessionem ähnliches Recht, und der Schuldner konnte nicht mehr klagen oder belangt werden [5]). Daß der Schuldner durch Unglück in Vermögensverfall gerathen sei, wird im Justinian'schen Rechte nicht gefordert; die Verordnung Gratian's, daß, wer nicht durch Unglücksfälle um sein Vermögen gekommen zu sein nachweisen könne, der Strenge der Schuldgesetze unter-

---

1) Livius VIII, c. 28 — Cicero de re publ. II, 33, 34. — Hugo civilist. Magazin, Bd. V, S. 184.

2) Varro de lingua lat. L. 6 i. f. — Festus L. 5 v. ejurare. — Cicero L. 9 epist. famil. ad Paetum.

3) L. 4, §. 1 D. de cess. bonor. (XLII, 3); L. 3 C. de bonis auct. jud. (VII, 72).

4) L. 1 C. Theod. qui bonis cedere poss. (IV, 20); L. 4 C. eod, (VII, 71). — Caesar de bello civ. L. III. c. 1. — Sueton. vit. Caesar. c. 42. — Gajus III, §. 78. — Vergl. L. 22, §. 1, L. 51 D. de re jud. (XLII, 1); L. 63, §. 7 D. pro socio (XVII, 2); L. 37, §. 1 D. de minor. (IV, 4).

5) L. 4 C. qui bonis cedere (VII, 71); L. 17 pr. D. de receptis (IV, 8).

worfen bleiben solle [6]), ist in Justinian's Codex nicht aufgenommen, doch muß diese Bedingung wol als bekannt vorausgesetzt werden, da sonst jeder Schuldner von dem „flebile, miserum beneficium" Gebrauch gemacht haben und die Personalexekution nicht mehr vorgekommen sein würde, was doch der Fall war. Erst eine spätere Verordnung Justinian's [7]) verbot, einen durch Unglück verarmten Schuldner mittelst der sonst zulässigen Personalexekution bis zur cessio bonorum zu treiben, wenn er schwöre, daß er mittellos sei. Daraus ist im G. R. ein s. g. beneficium ejurationis [8]) entstanden, so wie die Ansicht, daß solchen Schuldnern, welche durch eigene Schuld in Vermögensverfall gerathen, die Güterabtretung mit der daraus folgenden Befreiung von der Personalexekution nicht gestattet werden dürfe. II. Diese Ansicht ist in der Pr. Gesetzgebung angenommen [9]). Der Rechtswohlthat kann nicht im Voraus entsagt werden [10]). Die Erfordernisse sind: 1. Der Schuldner muß seine Erklärung mit einem vollständigen und richtigen Verzeichnisse seines Vermögens und seiner Schulden seinem persönlichen Richter übergeben. Die davon in Kenntniß zu setzenden Gläubiger können darauf, wenn sie wollen, das Vermögen für sich in gerichtlichen Beschlag nehmen [11]), in welchem Falle die Güterabtretung die Einleitung zum Konkurse ist. 2. Der Schuldner muß durch Unglücksfälle, nicht durch unnützen Aufwand, unbesonnene Unternehmungen oder Uebelthaten, in seine schlechte Lage gekommen sein; und er muß ehrlich und nach der Wahrheit angeben, auch den Manifestationseid leisten [12]); 3. er muß sich durch sein übriges Betragen des Schutzes und der Wohlthaten des Staats, so wie des Mitleidens seiner Gläubiger nicht

---

6) L. I C. Theod. qui bonis ex l. Jul. cedere possunt.

7) Die unglossirte und dunkle Novelle 135.

8) Verschieden von der ähnlichen Verordnung unter Sulla, Note 2.

9) A. G. O. I, 48, §§. 2, 3.

10) §. 31 das. — A. L. R. I, 5, §. 195. War streitig. Sehr ausführlich sind die Gründe für und wider zusammengestellt von Covarruvius, Tom. II variar. resol. L. II c. 1 de obaeratis et cessione bonorum, Nr. 7, Tom. II, p. 114.

11) A. G. O. §§. 8, 15, 25 a. a. O.

12) Hat der Schuldner gar nichts, was er den Gläubigern überlassen könnte, so hindert dies an sich noch nicht, sich zum Genusse der Rechtswohlthat zu qualifiziren. Doch möchte es in solchem Falle schwer sein, den Vorwurf, daß nicht schon früher, als noch Etwas vorhanden gewesen, das Vorhandene angeboten worden, zu beseitigen, da in der Regel von dem Zeitpunkt der Insuffizienz bis zur gänzlichen Aufzehrung des Vermögens eine Zeit vergeht. S. Note 14.

unwürdig machen. Unwürdig ist: a) wer in den Prozessen mit den Gläubigern der Strafen des frevelhaften Läugnens durch Urtel und Recht schuldig befunden worden [13]; b) wer sich auf die Flucht begeben; c) wer zu einer Zeit, wo ihm sein Vermögensverfall schon bekannt war, durch neue Schulden, durch Veräußerungen, durch Gratifikationen an einzelne Gläubiger, oder durch andere dergleichen Dispositionen, Etwas zum Nachtheil aller oder einzelner Gläubiger, wenngleich ohne Erfolg, unternommen hat [14]. III. Die Wirkungen der Rechtswohlthat sind: 1. Befreiung von persönlicher Haft wegen Dessen, was aus dem angebotenen Vermögen nicht bezahlt werden kann, auch wegen Wechselschulden, nicht aber wegen später gemachter Schulden [15], und auch nicht wegen einer ältern Schuld, wenn der Gläubiger stirbt und dessen Erben auftreten, der Schuldner aber nicht schon in der Instruktion des Prozesses mit ihnen den Einwand macht [16]. 2. Wegen des Ausfalls müssen dem Schuldner, wenn er in bessere Umstände kommt, Terminalzahlungen bewilligt werden [17]. 3. Wegen dieser Ausfälle steht dem Schuldner das beneficium competentiae zu [18]. IV. Auch gegen einen einzelnen Gläubiger kann der Schuldner seine Qualifikation zur Güterabtretung nachweisen. Das auf kontradiktorische Verhandlung — nicht das auf Zugeständniß oder in contumaciam — ergehende Urtel hat die Wirkung eines Präjudiziums, mit der Modifikation, daß später andringende Gläubiger beweisen können, daß die Umstände sich geändert haben, oder daß in dem Verfahren etwas Erhebliches vom Schuldner verschwiegen, oder von dem Richter übergangen worden sei, in welchem Falle das Präjudizium gegen Diese nicht wirkt [19].

---

13) Das ist ganz unpraktisch; in meiner vieljährigen Praxis ist mir noch nicht ein einziger Fall der Anwendung der sich auf das frevelhafte Leugnen beziehenden Strafbestimmungen vorgekommen, was aber seine sehr vernünftigen Gründe hat.

14) A. G. O. §§. 4—7 a. a. O.

15) Ebend. §§. 3, 32, 34, 35, 49. War bestritten. Thibaut civil. Abh. Nr. 16, S. 349 ff. S. dagegen Puchta Pandekten S. 239.

16) Gegen diese ist die Qualifikation von Neuem nachzuweisen. §. 36 das.

17) §§. 37, 39—44 a. a. O. — S. oben §. 483.

18) §. 38 a. a. O. — L. 4 pr. §. 1, L. 6, 7 D. de cess. bonor. (XLII, 3). — §. 40 J. de act. (IV, 6). L. 3 C. de bonis auct. jud. (VII, 72).

19) A. G. O. §§. 46—49 a. a. O. War schon gemeinrechtliche Praxis. Die prozessualische Form, in welcher in diesem Falle die Rechtswohlthat gewährt und vereitelt wird, ist die dem Schuldner gegen den angreifenden Gläubiger zustehende exceptio si bonis cesserit (L. 4, §. 1 D. de cess. bonor. XLII, 3;

V. Der Schuldner kann der Rechtswohlthat wieder verlustig erklärt werden, wenn neue Umstände zum Vorschein kommen, woraus ein unredliches Betragen gegen die Kreditoren erhellet [20]).

D. Durch die Kompetenz (beneficium competentiae).

A. G. O. I, 49. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur gehören hierher die Schriften, welche das Institut nach der ältern Meinung der Neuern darstellen und die Quelle des Pr. R. sind. S. die Lit. zu §. 42, Recht der Forderungen. Ueber die neuere, zuerst von Schömann, Handbuch des Civilrechts, (Gießen, 1805) Bd. II, S. 63—70 begründete Meinung: Holtius in der bibliothèque de Jurisconsulte (Liège 1826), Tom. I, p. 390 seq.; Zimmern, röm. Prozeß, Heidelberg, 1829, §. 141, Note 2. — Dagegen: Thibaut, civil. Abhandl. S. 345 flg. — Schröter in der Tübinger kritischen Zeitschrift von Mohl ꝛc., Bd. IV, S. 76—80.

§. 488.

a) Das Allgemeine.

I. Die Rechtswohlthat der Kompetenz (beneficium competentiae) heißt das besondere Recht eines Schuldners, zu fordern, daß der Gläubiger ihm bei Eintreibung seiner Forderung so viel zurücklasse, als zum Unterhalte des Schuldners nöthig ist [1]). Das Institut ist aus dem R. R. entnommen, sein Ursprung und sein Zusammenhang mit andern Rechtseinrichtungen ist nicht bekannt; die R. Juristen bezeichnen es mit „condemnatio, condamnari in id, quod facere potest". Es wurde in Form einer Exception geltend gemacht [1a]) und bewirkte, daß der Richter den Beklagten auf nicht mehr verurtheilte, als dessen Vermögen zur Zeit des Richterspruches betrug. Das hatte die Folge, daß der Beklagte der Personalexekution ganz überhoben war und auch der mit der sonst eintretenden bonorum venditio verbundenen Infamie entging. In einigen Fällen kommt noch der besondere Vortheil hinzu, daß der Schuld-

---

§. 4 J. de replicat. (IV, 14); L. 3 C. de bonis auct. jud. (VII, 72), welche der Gläubiger durch die auf die bezeichneten Thatumstände gegründete replicatio doli unwirksam macht.

20) Ebend. §. 33. Kömmt im G. R. nicht vor und ist auch im Pr. R. unpraktisch.

1) A. G. O. I, 49. §. 14. Der Inhalt der Rechtswohlthat ist unter den Neuern streitig.

1a) L. 17, §§. 1 u. 2 D. soluto matrim. (XXIV, 3); L. 7 pr. D. de exception. (XLIV, 1); L. 41 pr. D. de re jud. (XLII, 1).

ner von dem was er hat noch so viel zurückbehalten darf, als zu seinem Unterhalte nöthig ist[2]). Die Neuern haben von jeher diesen Vortheil für das Wesen der Rechtswohlthat überhaupt angesehen und in den Begriff desselben gelegt[3]), so daß gerade die Sicherung des Unterhalts für den Schuldner als Hauptzweck des Instituts erscheint. Von dieser Seite ist dasselbe in der Pr. Gesetzgebung genommen, und daher kommt es, daß die Rechtswohlthat auch in Form der Klage (durch eine Provokation) geltend gemacht werden kann[4]), auch noch in der Exekutions-Instanz[5]). Sie beruhet auf Zustandsverhältnissen und kann deshalb nicht vererbt oder cedirt werden[6]). II. Der Grund des Benefiziums ist juris publici und beruhet in dem Interesse theils für die Aufrechterhaltung der guten Sitten, theils für Abwendung von Belastungen oder Benachtheiligungen des gemeinen Wesens. Daraus folgt die Unzulässigkeit einer Entsagung im Voraus, daß Pr. R. jedoch läßt eine ausdrückliche Entsagung, bezüglich auf diejenigen Fälle, welche sich auf die Abwehr einer Verletzung der guten Sitten zurückführen lassen, gelten[7]). Diese Fälle setzen nämlich ein besonderes persönliches Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger voraus, mit Rücksicht auf welches der Gläubiger die Kompetenz bewilligen muß, während in den Fällen des öffentlichen Vermögens-Interesses dem Schuldner das Benefizium gegen alle Gläubiger, ohne eine besondere persönliche Beziehung, zusteht. Hieraus wollen Preußische Gesetzgelehrte zwei Arten, nämlich ein beneficium competentiae ex jure proprio und ein b. c. ex jure tertii, hernehmen, welche schon im G. R. ausgebildet sein sollen[8]). In diesem

---

2) Namentlich bei der Schenkung. L. 19, §. 1 D. de re jud. (XLII, 1).

3) Weil eine Stelle Ulpians allgemein gefaßt zu sein scheint und überdies in den allgemeinen Titel de diversis regulis juris, L. 173 pr., aufgenommen ist.

4) A. G. O. I, 49, §. 14.

5) R. v. 27. März 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 115). — L. 17, § 2 D. soluto matrim. (XXIV, 3). Irrig ist die Meinung, daß die Exzeption ausschließlich in die Exekutionsinstanz gehöre; nach dem Preuß. Verfahren aber stellt es sich gewöhnlich faktisch so.

6) L. 7 pr. D. de except. (XLIV, 1); L. 24, 25 D. de re jud. (XLII, 1); L. 12—13 D. soluto matrim. (XXIV, 3).

7) A. G. O. I, 49 §. 17 lit. c.; Anh. §. 163. — Anders nach L. 14, §. 1 D. soluto matrimonio (XXIV, 3); L. 17, pr., L. 15, §. 2 u. L. 16 D. ibid.

8) Gesetzrevision Pens. V, zu G. O. I, 49, S. 41. Ist pures Mißverständniß.

Sinne wird nach G. R. der Begriff des beneficii competentiae ex jure tertii nicht verstanden. Die damit gemeinten Fälle sind eigentlich gar keine Kompetenzfälle, wie z. E. die Lehnskompetenz bei Privatlehen, sondern hier beruhet der Satz, daß wegen des Dritten, z. E. des Lehnsherrn, die Lehnseinkünfte nicht genommen werden dürfen, darin, daß der Schuldner selbst nur ein bedingtes Recht darauf hat, daß mithin der Gläubiger, welcher diese bedingt zustehenden Einkünfte für sich in Beschlag nehmen wollte, seinerseits die Gegenleistung thun müßte. III. Das Benefizium setzt 1. in den Fällen, welche auf einem besondern persönlichen Verhältnisse beruhen, voraus: a) die Erfordernisse der cessio bonorum[9]; b) daß der Gläubiger nicht selbst durch Bewilligung der Kompetenz den nöthigen Unterhalt entbehre[10]; c) daß der Schuldner keine Kräfte, Mittel und Gelegenheit habe, sich auf eine seinem Stande gemäße Art seinen Unterhalt zu erwerben[11]. 2. Ausnahmsweise ist auch die ohne Rücksicht auf ein besonderes persönliches Verhältniß zustehende Kompetenz ausgeschlossen: a) bei Schulden, welche aus einer unerlaubten Handlung entstanden sind[12], wozu jedoch Alimente für uneheliche Kinder nicht gehören, weil sie sich auf den Status gründen[13]; b) bei laufenden Alimenten (10); c) bei laufenden öffentlichen Abgaben, jedoch soll im Falle der Konkurrenz mit andern Schulden, wenn Besoldungen und Pensionen in Beschlag genommen werden, nur die eine Hälfte der Abgaben von dem sonst freien Theil der Besoldung oder Pension, und die andere Hälfte von dem dem Abzuge unterworfenen Theile vorweg genommen werden[14]. IV. Das Benefizium der Kompetenz befreiet den Schuldner von der persönlichen Haft[15] und sichert

---

9) A. G. O. I, 49, §§. 17, 23, 31. Damit ist nicht gemeint, daß die förmliche cessio bonorum vorausgehen müsse und hierauf erst die Provokation auf die Kompetenz folgen könne, sondern daß die Erfordernisse zur Cession dargethan werden müssen.

10) Ebend. §. 17, lit. b.; Anh. zum A. L. R. §. 168; K. O. vom 8. März 1835.

11) A. G. O. §. 17, lit. b, und §. 27, 28, 31. — Pütter, auserlesene Rechtsf. Bd. II, Resp. 231, Nr. 92.

12) Anh. z. A. G. O. §. 169. — L. 22, §. 1; L. 52 D. de re jud. (XLII, 1); L. 21, §. 6 D. de act. rer. amotar. (XXV, 2).

13) R. v. 10. Mai 1833 (Jahrb. Bd. XLI, S. 465).

14) Anh. z. A. G. O. §. 170. Diese Anordnung kommt den Gläubigern, die sonst dem Fiskus nachstehen, zu statten.

15) Eine Ausnahme machen die auf Wartegeld oder Pension gesetzten (inaktiven) Beamten und Offiziere in dem Falle, wo das Benefizium nicht aus dem persönlichen Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger entsteht: gegen diese

ihm die Aussetzung des nöthigen Unterhalts aus seinem Vermögen. Sind Besoldungen und Pensionen der Gegenstand der Beschlagnahme, so besteht dieser Unterhalt in einer gesetzlich bestimmten Quote davon (§. 489); in andern Fällen wird der Betrag durch den Richter arbitrirt, wobei auf nothdürftige Kost, Wohnung, Kleidung und Geräth für den Schuldner und dessen Familie auf seine Lebenszeit gerechnet, und auf dessen gewohnte Lebensart, Alter und Stand Rücksicht genommen wird [16]). Im Falle des Konkurses wird dazu ein Kapital ausgesetzt, aus dessen Ertrag die Kompetenz gereicht wird; das Kapital selbst wird nach der Erlöschung der Kompetenz unter die Gläubiger, welchen es entgangen, vertheilt [17]). Außer dem Falle des Konkurses wird die Kompetenz entweder so, daß der Schuldner Alimente erhält, oder so, daß ihm gewisse Güter oder Kapitalien zur Nutzung angewiesen werden, welche nach dem Wegfall der Kompetenz an den anweisenden Gläubiger zurückfallen, ausgesetzt. Daraus folgt schon, daß der Gegenstand der Kompetenz nicht von andern, zur Kompetenz nicht verpflichteten Gläubigern, angegriffen werden kann [18]). Die Veränderung, welche hinsichtlich des Inhaltes der Rechtswohlthat in dem heutigen Rechte in Vergleich mit dem R. R. eingetreten ist, schließt die Anwendung der Grundsätze des R. R. über die Zeit und Weise der Berechnung des Vermögensbestandes aus. Nach R. R. macht sich die Rechtswohlthat lediglich durch die Form der Verurtheilung geltend, indem der Richter dem Schuldner nur auf den ausgemittelten Betrag seines Aktivvermögens zur Zeit der Kondemnation verurtheilt [19]). Darüber können die Preuß. Rechtsbücher keine Bestimmungen enthalten, denn es kann darauf nicht ankommen. Nach dem Pr. R. verwirklicht sich die Rechtswohlthat, außer dem Falle des Konkurses, noch bei der Vollstreckung des,

---

findet die Haft statt, obgleich ihnen der nöthige Unterhalt (die gesetzliche Quote der Pension) gelassen werden muß. K. O. v. 29. März 1823 u. v. 6. Oktober 1823 (G. S. S. 39 u. 167); K. O. v. 27. Jan. 1826 (G. S. S. 14). Eine Anomalie.

16) A. G. O. I, 49, §§. 15, 18, 33.

17) Ebend. §. 20. So war es schon nach der gemeinen Praxis.

18) §§. 22, 20 a. a. O. und I, 29, §. 21. — Recht der Ford. §. 42, Nr. VII. War gemeinrechtlich bestritten. Pütter, auserles. Rechtsfälle Bd. II, Resp. 251, Nr. 71.

19) L. 63, §. 6 D. pro socio (XVII, 2); L. 15 pr., L. 53 D. soluto matrimonio (XXIV, 3). — L. 16, 19 pr. u. §. 1; L. 49 D. de re jud. (XLII, 1).

immer auf das Ganze verurtheilenden, Urtels durch Versagung der Exekution, indem sie als s. g. privilegirte Einrede behandelt wird. V. Der Bürge haftet dem Gläubiger für dasjenige, was derselbe wegen der dem Schuldner zukommenden Kompetenz nicht erhalten kann, in den Fällen wo die Kompetenz wegen der persönlichen Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger zusteht, nicht, wohl aber in allen andern Fällen[20]). VI. Die Kompetenz nimmt ein Ende: 1. mit dem Tode des Schuldners; 2. wenn und soweit der Schuldner in Umstände kommt, daß er der Kompetenz nicht mehr benöthigt ist; 3. wenn der Gläubiger selbst in einen solchen Vermögensfall und in Umstände geräth, daß er die ausgesetzte Summe zu seinem eigenen Unterhalte nöthig hat; haben Mehrere gemeinschaftlich die Kompetenz hergegeben, so muß der Ausscheidende von den Uebrigen übertragen werden; 4. wenn neue Umstände zum Vorschein kommen, woraus ein unredliches Betragen gegen den Gläubiger erhellet[21]).

§. 489.

b) Einzelne Fälle.

Das Benefizium ist eine Ausnahme von der Regel und findet nur da statt, wo es von den Gesetzen ausdrücklich beigelegt ist. Es sind daher immer nur einzelne Fälle, aus welchen durchaus keine allgemeine Regel abzuleiten. Die einzelnen Fälle lassen sich, nach der dabei genommenen Rücksicht, in zwei Gruppen zusammenstellen: in solche, wo die gute Sitte, wegen eines zwischen den Parteien stattfindenden persönlichen Verhältnisses, geschützt werden soll und also nur gegen diesen bestimmten Gläubiger und wegen der bestimmten Schuld das Benefizium zusteht, und in solche, wo in anderer Hinsicht das gemeine Wesen überhaupt interessirt und deshalb gegen jeden Gläubiger das Benefizium gegeben ist. I. Die Begünstigten der letztern Art sind: 1. Militairbediente, sowohl aktive als pensionirte[1]); 2. Vasallen[2]) rücksichtlich solcher Gläubiger,

20) A. L. R. I, 14, §§. 281 u. 282. Dieses ist die Hert'sche Meinung. Die Meinungen über diese Frage waren mehrfach verschieden. Recht der Ford. a. a. O. Nr. VI.

21) A. G. O. I, 49, §§. 23—26.

1) Ebend. §. 29; Anh. §§. 162, 168 flg. — L. 18 D. de re jud. (XLII, 1). Ueber die Ausdehnung dieses Falles auf Pensionairs, Ritter und Adlige überhaupt ist viel gestritten worden. S. die im Recht der Ford. §. 43, Nr. 1 angegebenen Schriften. Wegen der Pensionairs s. jedoch §. 488 Note 15.

2) A. L. R. I, 18 §§. 250—357. S. über den Grund, oben §. 488, II

welche ihre Befriedigung nicht aus der Substanz, sondern nur aus den Einkünften des Lehnguts zu fordern ein Recht haben[3]); 3. Kirchenbeamte; 4. Civilbeamte, sowohl mittelbare als unmittelbare[4]); 4. Diejenigen alle, welche eine Präbende, oder gewisse jährliche Hebungen und Einkünfte auf ihre Lebenszeit zu genießen haben, auch Wittwen, welchen ein Leibgedinge, Witthum oder Alimente aus ihrer Ehestiftung gebühren[5]). — Den Beamten und den Offizieren vom Hauptmann aufwärts müssen von ihrer Besoldung 400 Thlr. und von dem Ueberschusse die Hälfte zur Kompetenz gelassen, und den Subaltern-Offizieren dürfen nur, und zwar bei der Infanterie einem Unter-Lieutenant 2 Thaler und einem Ober-Lieutenant 3 Thaler, bei der Kavallerie beziehlich 3 und 4 Thaler monatlich abgezogen werden[6]). Hinsichtlich der übrigen Kompetenzberechtigten dieser Klasse setzt der Richter den Betrag nach den allgemeinen Grundsätzen, (§. 488, IV) fest; es gelten hierbei keine Besonderheiten. Man hat deren dreierlei finden wollen. Erstens soll hier nur ein nothdürftiger Unterhalt zugestanden werden, wogegen in den relativen Kompetenzfällen (II) ein standesmäßiger ausgesetzt werden müsse, weil es bezüglich auf die absoluten Fälle im §. 27 heißt: „und sie also auch für seinen nothdürftigen Unterhalt sorgen müssen;" während der §. 18 in Beziehung auf die relativen Fälle bestimme, daß der Betrag „mit billiger Rücksicht auf den Stand" ꝛc. ermessen werden solle. Zweitens soll in diesem Falle der absoluten Kompetenz das Quantum nur zum nothdürftigen Unterhalte für die Person des Schuldners abgemessen, nicht aber auf seine Familie Rücksicht genommen werden, weil diese Kompetenz nur in dem eigenen Interesse des Gläubigers bewilligt werde[7]), damit der Schuldner

---

3) Präjud. des O. Trib., in Simon's Rechtsspr. Bd. IV, S. 107.

4) A. G. O. I, 49, §. 27; und Anh. §. 161. Aus der gemeinrechtlichen Praxis entnommen. Struben, rechtl. Bed. I n. 7; Leyser Med. Spec. 476 u. A.

5) A. G. O. §. 30 a. a. O. u. I, 24 §. 109.

6) Anh. z. A. G. O. §§. 160, 162, 165. — V. vom 28. Februar 1806 (Rabe VIII, S. 483). — K. O. v. 19. Januar 1833 (G. S. S. 4). — Ueber die Gehaltsabzugspraxis ist eine große Anzahl von Ministerial-Erlassen vorhanden, die in jedem Sammelwerke anzutreffen sind.

7) Der im §. 27 d. T. angegebene Grund, „da ihr eigenes Interesse fordert, daß der Schuldner am Leben bleibe, und sie also auch für seinen nothdürftigen Unterhalt sorgen müssen", ist kein Rechtsgrund, weil Niemand von Staatswegen gezwungen werden darf, sein Interesse im Sinne der Regierungsgewalt zu verstehen und dieses sein so wohlverstandenes Interesse auch wirklich wahrzunehmen.

so lange wie möglich am Leben erhalten werde. Beides ist unrichtig. Der Grund, auf welchem das Benefizium beruhet, hat auf den Betrag der Kompetenz keinen Einfluß. Dazu fehlt nicht allein jeder innere Grund, sondern es ist auch gesetzlich ein solcher Unterschied nicht gemacht, vielmehr ist sogar ausdrücklich bestimmt, daß in diesen Fällen das Quantum gleichfalls nach denselben Grundsätzen, wie in den Fällen der andern Kategorie ausgemessen werden solle[8]). Drittens hat man gemeint, daß den Gläubigern in jedem Falle Etwas von den Einkünften abgegeben werden müßte, wenn sie auch nicht zur Nothdurft des Schuldners zureichten, weil es in dem §. 27 heiße: die Gläubiger könnten sich nicht entbrechen, dem Gemeinschuldner „davon“ eine Kompetenz auszusetzen, und weil sonst die Gläubiger kein Interesse dabei hätten, daß der Schuldner erhalten würde. Die Kompetenz besteht aber, nach ihrem Begriffe, in der Freigebung des nothdürftigen Unterhalts. Wenn die Hebung keinen Ueberschuß gewährt, so ist kein Exekutionsobjekt vorhanden. Dürfte in diesem Falle dennoch Etwas genommen werden, so würde der Schuldner die Kompetenz nicht vollständig genießen; daß aber in irgend einem Falle nur eine halbe oder Viertel-Kompetenz bewilligt werden dürfe, ist eine ganz willkührliche Voraussetzung, bei welcher überdies die Grenze fehlen würde, da aus den nämlichen Gründen, welche die Versagung des Nothdürftigen rechtfertigen sollen, auch das Ganze bis auf eine lächerliche Kleinigkeit weggenommen werden könnte. II. Gegen gewisse Personen, wegen eines besondern persönlichen Verhältnisses oder wegen gewisser Schulden, steht die Kompetenz zu[9]): 1. Verwandten in gerader Linie gegen einander; 2. Schwiegereltern gegen Schwiegerkinder wegen der versprochenen Mitgift; 3. voll- und halbbürtigen Geschwistern gegenseitig; 4. Ehegatten gegenseitig wegen dessen, was sie sich vor oder während der Ehe schuldig geworden (nicht auch wegen der erst nach Auflösung der Ehe entstandenen Schulden), wenngleich die Ehe getrennt ist[10]); doch hat der für den

---

8) A. G. O. I, 49, §§. 33. 18. — Darnach ist in dieser Beziehung zwischen beiden Arten der Kompetenz gar kein Unterschied. Dieses ist auch von dem II. Senate des O. L. G. zu Breslau angenommen. Conclusum v. 11. August 1836, in Apellationssachen v. Kracker c. Hoffrichter, K. 798 pro 1832.

9) A. G. O. I, 49, §. 16. — Recht der Ford. §. 43, II.

10) Deshalb kann ein Ehemann wegen der der Frau zu zahlenden Alimente, so lange er nicht für den allein schuldigen Theil erklärt ist, nicht zum Personal-

allein schuldigen Theil erklärte Ehegatte gegen den unschuldigen Theil das Benefizium nicht; die auf beiden Seiten vorhandene Schuld hebt sich auf, daher bleibt Jeder dem Andern zur Kompetenz verpflichtet [11]); 5. Handlungsgenossen gegenseitig wegen der aus der Gesellschaft entspringenden Forderungen; 6. dem Schenker gegen den Beschenkten wegen der Schuld aus dem Schenkungsversprechen; 7. dem zur Güterabtretung verstatteten Gemeinschuldner wegen der Ausfälle der Gläubiger; 8. dem Schuldner des Fiskus wegen öffentlicher Abgaben, und dem Schuldner des Gerichtsherrn wegen Gerichtskosten [12]); 9. Wahn- und Blödsinnigen und Kindern hinsichtlich der Erstattung des von ihnen angerichteten Schadens [13]); 10. dem redlichen Besitzer einer Erbschaft, wenn er dieselbe, nachdem er sie gegen Entgelt veräußert und verbraucht hat, dem Erben ersetzen soll [14]). — Analoge Anwendung dieser Fälle ist, weil sie Ausnahmen, unstatthaft. — Diesen Berechtigten wird der Betrag der Kompetenz in allen Fällen, wo keine Vereinigung in Güte stattfindet, nach den vorhin (I) angegebenen Grundsätzen durch richterliches Erkenntniß festgesetzt. Ein solches Erkenntniß wird, eben so wie auch die richterliche Festsetzung von Alimenten nach den Bedürfnissen des Alimentarius überhaupt (§. 597), hinsichtlich des Betrages nicht rechtskräftig, und schließt den Anspruch des Berechtigten auf Erhöhung der Kompetenz auf Grund veränderter Umstände und eines vermehrten Bedürfnisses nicht aus [15]).

E. Durch Konkurs.

A. G. O. I, 50. — Die Preuß. Konkurs-Ordnung in ihrer neuesten Gestalt, mit besonderer Berücksichtigung des Gesetzes v. 28. Dezember 1840, bearb. von F. L. Th. Schueck. Berlin, 1847. Ueber das ältere Recht: Hypotheken- und Konkurs-Ordnung v. 14. Febr. 1722 (C. C. M. I, 2, S. 111 flg.; Rabe XIII, S. 26 flg.). — Grävell, Commentar zu den Kreditgesetzen des Preußischen Staats, praktischen Theils, in ihrer Vollständigkeit und ihrem Zusammen-

---

arrest gebracht werden. R. vom 20. August 1806 (Mathis III, 415). Ueber die gegentheilige Meinung und deren Grundlosigkeit s. m. Pr. O. Tit. 49, §. 17, Note 11 und Tit. 40 Note 25.

11) A. G. O. I, 49, §. 16, Nr. 4 a. E. Putative Eheleute haben das Benefizium nicht. A. L. R. II, 1, §. 952.

12) K. O. vom 30. Novbr. 1825 (Jahrb. Bd. XXVI, S. 389).

13) A. L. R. I, 6, §§. 41 flg.

14) I, 9, §. 499; II, 18, §§. 844 flg.

15) Pr. des Obertrib. 1237, vom 12. December 1842.

hange. Zweiter Band, enthaltend die Lehre vom Konkurs und den Liquidations-Prozessen. Berlin 1815. 8. (Ein Abdruck der Gesetze mit Anmerkungen). — Der gemeinrechtliche Konkurs ist die Grundlage der Preuß. Gesetzgebung. Die Hauptautorität für denselben ist Franc. Salgado de Somoza, Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem, per debitorem communem inter illos causatum. Antw. 1653 und nachher sehr oft, zuletzt Lugd. 1757, fol. — Dann ist anzumerken: Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Halle 1792—1795; 2. Ausg. Halle 1801. 4. Eine ausführliche aber seichte Arbeit. — Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, Kiel 1812; 2. Ausg. 1824, 3. Ausg. 1829. — Die neueste und beste Schrift ist: Hieronymus v. Bayer, Theorie des Konkurs-Prozesses nach gemeinem Rechte. München 1836. Zweiter unveränderter Abdruck, ebend. 1842. 8.

a) Grundsätze des Konkurswesens.

§. 490.

1. Einleitung.

Der Vermögenszustand eines Schuldners, wo die Summe der Schulden das Vermögen übersteigt, heißt Insolvenz, auch materieller Konkurs [1]). Unter imminenten Konkurs versteht man, je nach der Beziehung, den Zustand, wo der Schuldner der Insolvenz nahe ist, und auch das prozessualische Stadium der Vorbereitung zur Eröffnung des Konkursprozesses. So lange nur Ein Gläubiger andringt, tritt das gewöhnliche Exekutionsverfahren ein, wenn auch das ganze Vermögen in Beschlag genommen wird; treffen aber mehrere Gläubiger, welche zu ihrer Befriedigung die Beschlagnahme des ganzen Vermögensrestes auswirken, zusammen, so entsteht formeller Konkurs, oder Konkursprozeß, auch Crida, Gant genannt. Nicht blos die Regeln über den materiellen Konkurs, d. h. die Modifikationen der Rechte durch die Insolvenz des Schuldners [2]), gehören in das Rechtssystem, sondern auch eine Seite des formellen Konkurses gehört nicht in den Prozeß vielmehr hierher, indem daraus neue Rechtsverhältnisse entspringen (§. 503). Der Konkurs hat es mit der Theilung des unzureichenden Ver-

---

1) Der Ausdruck ist nicht römisch, sondern von dem concursus plurium in pignore entlehnt.

2) Weil der Zustand der Insolvenz allein schon gewisse Rechtswirkungen hat, so ist auch die besondere Bezeichnung desselben angemessen. Von Einigen wird die Eintheilung verworfen; sie hat indeß aus dem angegebenen Grunde ihre praktische Bedeutung.

mögens unter mehrere Gläubiger zu thun, ist mithin wesentlich ein Theilungsverfahren, und besteht als solches aus zwei Haupttheilen: aus der Ausmittelung Dessen was zu theilen ist (Konstituirung der Aktivmasse), aus der Feststellung der Personen und Grundsätze, auf welche und nach welchen das Vorhandene zu vertheilen (Konstituirung der Passivmasse), und aus der Vertheilung selbst (Distribution). Der dritte Theil ist bloße Ausführung und Gegenstand des Rechtsverfahrens.

2. Feststellung der Aktivmasse.

§. 461.

a) Grundsätze.

Jeder Gläubiger, welcher eine vor Eröffnung des formellen Konkurses entstandene, auf Geld oder Geldeswerth gerichtete Forderung an den Gemeinschuldner hat, ist Konkursgläubiger, d. h. er tritt wegen seiner Befriedigung mit andern Mitgläubigern in Konkurrenz. Bei einem Konkurse treten aber auch solche Gläubiger auf, deren Forderung oder Anspruch nicht auf Geld gerichtet ist, oder welche aus der Masse zwar Geld zu fordern haben, aber aus einem Rechtsgrunde, der jünger ist als die Konkurseröffnung. Diese bilden einen Gegensatz zu den Konkursgläubigern, indem sie zu ihnen in dem Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner stehen; daher müssen sie vorweg befriedigt werden, und die Ausscheidung oder Beseitigung ihrer Ansprüche gehört zur Feststellung der Aktivmasse. Man nennt sie im Allgemeinen Separatisten, unterscheidet aber s. g. Massegläubiger u. Separatisten im engern Sinne.

§. 492.

b) Die Massegläubiger.

I. Massegläubiger sind solche Gläubiger von Geldforderungen, welche ihre Befriedigung von den ihnen gegenüberstehenden Konkursgläubigern aus der Masse zu fordern haben. Sie fallen in zwei Hauptklassen: in solche, welche mit den Gläubigern oder deren Stellvertreter abgeschlossen haben, und in solche, gegen welche die Konkursgläubiger wegen eines, aus dem von dem Gemeinschuldner begründeten Rechtsverhältnisse, nur unter einer Bedingung zu erlangenden Vortheils den Gemeinschuldner passiv repräsentiren müssen. A. Zur ersten gehören z. E.: 1. das

Gericht wegen der Konkurskosten, indem diese eben durch das Geschäft des Gerichts mit den Gläubigern entstehen[1]). Der Fiskus ist frei, der auf ihn fallende Antheil muß von den Mitgläubigern getragen werden[2]). Die Bestimmung, nach welcher der letzte Hypothekengläubiger bezahlen mußte, wenn die Gemeinmasse nicht ausreichte, ist endlich dadurch aufgehoben, daß die Hypothekengläubiger von der Einlassung in den Konkurs befreit worden sind[3]). 2. Diejenigen, welche nicht mit dem Gemeinschuldner, sondern mit der Kreditmasse selbst kontrahirt haben, welche z. B. zur Ausbesserung der Gebäude, zur Ergänzung des Vieh- oder Feldinventariums, zur Anschaffung des Saat-, Brod- oder Futterkorns, zum Abtragen der kurrenten Lasten und Abgaben, und überhaupt zur Aufbewahrung, Erhaltung, bessern Benutzung oder Versilberung der zur Masse gehörigen Sachen, auf Verlangen der Gläubiger oder deren Vertreter, Etwas hergegeben, geliefert, kreditirt oder geleistet haben[4]). 3. Diejenigen, von welchen der Kurator ein Anlehn macht[5]). 4. Die nach der Beschlagnahme beibehaltenen oder angenommenen Wirthschafts- und Verwaltungsbeamten, wegen des erst nach der Beschlagnahme verdienten Lohns[6]). 5. Diejenigen, welche zwar mit dem Gemeinschuldner kontrahirt haben, deren Rechtsgeschäfte aber von der Gläubigerschaft wieder aufgerufen werden, in Ansehung dessen, was aus dem Vermögen des Andern zur Masse geflossen und zur

---

1) A. G. O. I, 50, §§. 163, 529. Nach G. R. stritt man darüber. **Möser**, patriotische Phantasien III, Nr. 57. — **Leyser**, Sp. 481, m. 4, 5. — **Pufendorf**, Obs. T. II, obs. 181; T. IV, obs. 249.

2) A. G. O. §§. 531, 532 a. a. O. — Anh. §. 374.

3) A. G. O. a. a. O. §. 535. V. vom 28. Dezember 1840 (G. S. 1841 S. 4). S. o. §. 374, Bd. I, S. 653.

4) A. G. O. a. a. O. §. 269. **Simon**, Rechtsspr. I, S. 235, 267. Die genannten Fälle sind nur Beispiele, das Prinzip ist, daß die verbindlichmachende Handlung erst nach der Konkurseröffnung von der Gläubigerschaft oder deren Vertreter ausgegangen oder beziehungsweise ihr zu Nutzen gekommen sein muß. Daher gehört auch der Eigenthümer einer durch den Kurator zur Masse eingezogenen Forderung hinsichtlich seiner Entschädigung für Kapital und Zinsen zu dieser Species von Gläubigern. Pr. des Obertrib. 224a, vom 11. März 1837. Eben so kann, wenn der Kurator für die Masse ohne rechtlichen Grund den Besitz einer fremden Sache ergriffen hat, und deren Rückgabe verweigert, der Eigenthümer sich wegen des Schadensersatzes nach dem Grade des Versehens des Kurators, an die Masse halten, ohne daß er mit seiner Entschädigungsforderung sich in den Konkurs einzulassen braucht. Pr. 2223, vom 5. Juli 1850 (Entscheid. Bd. XIX, S. 488). Der Kurator bleibt der Gläubigerschaft wegen der Folgen seines Versehens verantwortlich.

5) §. 271 a. a. O.; u. Anhang §. 338.

6) §§. 243, 245 flg. das. — Anhang §. 339.

Zeit der Konkurseröffnung darin noch vorhanden gewesen ist [7]. 6. Diejenigen, welche sich nach der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner eingelassen haben und wegen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts das darauf Empfangene an die Masse zurückgeben müssen, in Ansehung dessen, was dagegen aus ihrem Vermögen zur Masse geflossen ist und die Masse bereichert [8]. 7. Alle Diejenigen, welche Reallasten, wozu auch die Pfarr- und Schullasten gehören, von den zur Masse gehörigen Grundstücken zu fordern haben, in Ansehung derjenigen Leistungen, welche erst nach der Konkurseröffnung fällig werden, welches sich nach der Zeit der Ausschreibung bestimmt [9]. B. Die Massegläubiger der andern Klasse sind: 1. die Gemeinschafter hinsichtlich ihrer Theilungsklagen [10], namentlich auch Antheilsschäfer [11]; 2. Diejenigen, welche mit dem Gemeinschuldner kontrahirt haben, deren Vertrag aber noch nicht erfüllt ist und von den Gläubigern nicht aufgerufen wird, wegen dessen, was auf Seiten des Gemeinschuldners nun von der Masse noch gegenzuleisten ist [12]. 3. Regiments- und Bataillonskassen, welche dem Gemeinschuldner als Offizier zur Anschaffung der Equipage Geld geliehen haben, wegen der aus diesen Darlehnen entstehenden Forderungen [13]. Der Fall ist ganz singulair. II. Die Massegläubiger können nicht präkludirt werden, und tragen auch keine Liquidationskosten, weil sie überhaupt nicht zu liquidiren haben, vielmehr im gewöhnlichen Rechtswege ihre Forderungen gegen die Gläubigerschaft (die Masse),

---

7) A. G. O. §. 294 a. a. O. D. i. der Anspruch wegen Bereicherung.

8) §. 36 das. Der Gläubiger hat also nur die **actio in factum** wegen Bereicherung.

9) §. 270 das. — R. vom 30. Juni 1828 (Jahrb. Bd. XXXI, S. 290); R. vom 14. September 1827 (Bd. XXX, S. 135); vom 2. April 1832 (Bd. XXXIX, S. 401).

10) A. G. O. §§. 289, 294 a. a. O. Die gemeinschaftlichen Schulden werden dabei vorweg bezahlt und abgezogen. A. L. R. I, 17, §§. 106, 302, 303, 147. — Recht der Ford. §. 48, I, B.

11) Edikt vom 16. August 1797, wegen Abschaffung des Schaf-Vorviehes. (N. Samml. Schles. Verordn. Bd. V, S. 568). Das Ed. bezieht sich zwar nur auf Schlesien, der Rechtssatz folgt aber aus dem Miteigenthum. Bezieht sich der Antheil nicht auf das Eigenthum an der Heerde, sondern nur auf die Nutzungen, so beschränkt sich von selbst die Theilungsklage auf die Nutzungen.

12) A. G. O. §§. 252, 258 a. a. O. S. u. §. 509. Pr. des Obertrib. 1187, vom 10. Septbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 468). In diesem Falle hat der Gläubiger die Kontraktsklage, nicht etwa bloß einen Anspruch wegen Bereicherung, wie in den beiden Fällen der Noten 7 u. 8. Vergl. u. §. 509, II, 6.

13) K. O. v. 20. Aug. 1810 (Mathis, IX, S. 318); Anh. z. A. G. O §§. 353, 166.

vertreten durch den Kurator (§. 808, VII), geltend machen, und auch die Prozeßkosten, zu deren Erstattung der Kurator verurtheilt wird, aus der bereiten Masse vorweg fordern können.

§. 493.

c) Die Separatisten.

Separatisten nennt man solche Berechtigte, welche zwar eigentliche Konkursgläubiger, d. h. solche Berechtigte, deren Anspruch schon vor der Konkurseröffnung entstanden ist, sind, die aber aus einem besondern Grunde eine Absonderung des Gegenstandes ihrer Befriedigung fordern dürfen, woraus dann, wenn ihrer Mehrere auf den nämlichen Gegenstand Anspruch machen, Spezial-Konkurse entstehen. Man unterscheidet Separatisten ex jure crediti und ex jure dominii. A. Die Fälle der Separation ex jure crediti sind: I. Die Separation der Erbschaftsgläubiger [1]), welche besonders den s. g. Chirographarien nützlich ist und auf der Ansicht beruhet, daß den Gläubigern die Aufdringung eines andern Schuldners mittelst der Universal-Succession wider ihren Willen nicht schädlich werden dürfe. Darauf anzutragen berechtigt ist ein jeder Erbschaftsgläubiger [2]), wenn er auch nur eine bedingte oder noch nicht fällige Forderung hat [3]), und jeder Legatar und Fideikommissar [4]), nicht auch der Gemeinschuldner, wohl aber seine eigenen Gläubiger in dem Falle, wenn er eine überschuldete Erbschaft unbedingt angetreten und sich dadurch außer Stand gesetzt hat, seine eigenen und die Erbschaftsgläubiger zugleich zu befriedigen, und wenn der darauf bestehende eigene Gläubiger älter als der Erbanfall ist und seine Forderung innerhalb Jahresfrist nach der Erbschaftsantretung eingeklagt, auch bis zur Konkurseröffnung durch Exekution einzutreiben versucht hat [5]). — Das Recht auf Separation anzutragen (beneficium separationis) ist verloren: 1. wenn der Erbe

---

1) A. L. R. I, 16, §§. 500—512. — A. G. O. I, 50, §§. 272—286. — Tit. D. de separationibus (XLII, 6).

2) A. L. R. §. 500 a. a. O. — A. G. O. §. 273. — L. 1, §. 1 D. l. c. — L. 2 C. de bonis auct. jud. (VII, 72).

3) L. 4 pr. D. de separat.

4) A. G. O. §. 277 a. a. O. — L. 6 pr. D. eod.

5) A. L. R. I, 16, §§. 507—512. — Weicht vom R. R. ganz ab. L. 1, §. 2 D. eod.

durch Novation als Schuldner angenommen worden ist[6]); 2. wenn die Absonderung thatsächlich nicht mehr möglich ist[7]); 3. wenn das Recht verjährt ist. Die Verjährung läuft ab mit Einem Jahre, für die Erbschaftsgläubiger vom Todestage des Erblassers, für die Gläubiger des Erben vom Tage der Uebernahme der Erbschaft; ist aber unterbrochen, wenn innerhalb dieses Jahres die Befriedigung durch Klage gefordert und die Exekution durch Eröffnung des Konkurses fortgesetzt worden ist[8]). Wenn ein Gläubiger sein Recht auf diese Weise gewahrt hat, während Andere solches verloren haben, so wird er allein aus der abgesonderten Erbschaft befriedigt, wodurch es kommen kann, daß ein nach der Eigenschaft seiner Forderung in der letzten Klasse stehender Gläubiger befriedigt wird und die an sich Bevorzugten ausfallen[9]). — Die Wirkung der Separation ist: 1. Das Vermögen der Erbschaft wird mit dem Vermögen des Erben, zum Vortheil der Separationsberechtigten, nicht verschmolzen, wenn auch der Erbe die Erbschaft unbedingt angetreten hat; und die Erbschaftsstücke, welche mit dem Vermögen des Gemeinschuldners vermengt sind, müssen, soweit es möglich, wieder ausgeschieden werden[10]). 2. Wenn der Erbe mit den in der Erbschaft vorgefundenen oder aus derselben gelöseten Geldern Grundstücke erworben hat, so sollen die dafür eingehenden Gelder, nach Abzug der Hypotheken, zwar nicht zur abgesonderten Erbschaft zurückgegeben werden, doch sollen die Erbschaftsgläubiger daraus in der Vierten Klasse Befriedigung erhalten[11]). Die frühere Beschränkung des Benefizial-Erben in der Disposition über die Erbschaftssachen[12]) ist aufgehoben[13]). 3. Die

---

6) A. L. R. §. 504 das. — Nach L. 1, §§. 10, 11, 15, 16; L. 7 D. eod. genügte schon eine bloße Einlassung mit dem Erben.

7) A. G. O. §. 275 a. a. O. — L. 1, §. 12 D. eod. — Ein privilegium exigendi bezüglich auf die mit vererbtem Gelde angeschafften Grundstücke haben die Erbschaftsgläubiger noch. A. G. O. §§. 276, 421.

8) A. L. R. I, 16, §§. 508, 503. — A. G. O. a. a. O. §§. 280, 281. Nach L. 1, §. 13 D. eod. dauerte das Beneficium 5 Jahre.

9) A. L. R. §. 505 a. a. O. — L. 1, §. 16 D. eod,

10) A. L. R. a. a. O. §. 502; A. G. O. §§. 275, 274.

11) A. G. O. a. a. O. §§. 276, 422. S. o. Note 7, u. u. §. 497, Nr. VII. — Vergl. L. 5 D. eod. Hierdurch wird die Sache etwas verwickelt, wenn unter den Erbschaftsgläubigern Bevorzugte sind.

12) A. L. R. I, 9, §§. 447—451; A. G. O. a. a. O. §. 280. — L. 1, §. 3 D. eod.

13) Verordnung vom 28. März 1840 (G. S. S. 103).

zur abgesonderten Erbschaft gehörigen Gegenstände werden ausschließlich zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatarien verwendet und der Ueberschuß wird zur Konkursmasse abgeliefert [14]; werden dieselben nicht vollständig befriedigt, so dürfen sie, falls dem Erben nicht die Rechtswohlthat des Inventariums zusteht, den Ausfall bei der Konkursmasse liquidiren [15]. II. Die Separation der Gesellschaftsschulden und des Gesellschafts-Vermögens. Diese hängt mit der Theilungsklage der Gesellschafter zusammen (§. 492 Note 10). III. Die Separation der verschiedenen Handlungs-Kommanditen (der creditores diversarum tabernarum) [16]. IV. Die Separation der in verschiedenen Ländern befindlichen Güter und Gläubiger des Gemeinschuldners. Die in verschiedenen Provinzen des Staates liegenden Güter werden nicht separirt [17]. 1. Verfällt ein Ausländer, welcher hier Vermögen besitzt, in Konkurs, so wird das diesseitige Vermögen, falls nicht etwas Anderes durch Staatsverträge bestimmt ist (weshalb vorher bei dem Ministerium angefragt werden soll), nicht ausgefolgt, vielmehr, wenn darauf angetragen wird, über dasselbe ein Spezial-Konkurs eröffnet, zu welchem nur a) inländische Gläubiger, b) inländische Cessionarien ausländischer Gläubiger, wenn die Cession älter als der ausländische Konkurs ist, c) die auf den inländischen Grundstücken eingetragenen, wenngleich im Auslande wohnenden Gläubiger, d) solche ausländische Gläubiger, welche einen Titel zum Pfandrechte haben und nachweisen, daß sie bei der ausländischen Masse ausgefallen sind, e) ausländische Gläubiger aus solchen Orten, wo nach den dort geltenden Gesetzen Fremde in gleichem Falle zugelassen werden, welches angenommen wird, wenn nicht die hiesigen Gläubiger das Gegentheil beweisen [18]. Wird

---

14) A. G. O. a. a. O. §. 278. — L. 3, L. 5 D. eod.

15) A. G. O. §§. 278, 283. — Anders nach L. 5, L. 1, §. 17, L. 3, §. 2 D. eod. Darnach können die Gläubiger des Erben durch den Antritt der Erbschaft nicht benachtheiligt werden. Nach der Meinung von Paulus (L. 5) können selbst dann wenn die Masse des Erben Ueberschuß hat, die separirten Erbschaftsgläubiger nicht mehr auf den Erben zurückgehen, weil die Separation für eine Freilassung des Erben angesehen wird. Hierin widersprechen sich aber die Quellen. L. 3, §. 2 (Papinian).

16) Simon, Rechtsspr. Bd. IV, Nr. 13. Ist eine Ausdehnung der bei der actio tributaria (L. 5, §§. 15, 16 D. de tribut. [XIV, 4]) vorkommenden Separation, die jedoch auf unabhängige Personen nicht paßt.

17) A. G. O. I, 50, §§. 25 flg.; 647 flg.

18) §§. 663—669 das. — Anh. §. 379. — Gründler, Polemik §. 391, Nr. 5.

nicht auf Eröffnung des Spezial-Konkurses angetragen, so ist der Zustand, hinsichtlich der inländischen Gläubiger und des hier befindlichen Vermögens des Kridars, eben der, daß kein Konkursprozeß vorhanden ist, d. h. der im Auslande eröffnete Konkurs hat auf das inländische Vermögen gar keinen Einfluß. Daraus folgt, daß die inländischen Gläubiger sich im gewöhnlichen Prozeß- und Executionsverfahren vor den hiesigen Gerichten daran halten können, und daß die ausländische Konkursmasse nur den Ueberschuß zu fordern hat[18a]). 2. Besitzt ein hiesiger Unterthan im Auslande Vermögen und das ausländische Gericht eröffnet darüber Konkurs, so wird den auswärtigen Requisitionen nicht genügt, vielmehr lediglich nach hiesigem Rechte beurtheilt: ob der Konkurs zu eröffnen sei oder nicht. Wird der Konkurs eröffnet, so hat der Kurator darauf zu sehen, daß bei dem ausländischen Spezial-Konkurse keine Ungleichheit der Rechte in Beziehung auf diesseitige Gläubiger stattfinde und daß der Ueberschuß der Masse hierher verabfolgt werde[19]). V. Die Separation des Lehns- und Fideikommiß-Guts, welche in dem Falle nöthig wird, wenn die Substanz der Güter verhaftet ist[20]). VI. Die Separation solcher Sachen, welche durch Mitwirkung einzelner Gläubiger dem flüchtigen oder betrüglichen Gemeinschuldner abgenommen und zur Masse gebracht werden. Nach der gemeinen Praxis sollten daraus solche Gläubiger vorzüglich befriedigt werden[21]). Das Pr. Recht bestimmt in dieser Beziehung, daß ein Gläubiger, welcher der Masse dadurch, daß er „Effekten" (Geld und Kapitalien thun es nicht), welche der Gemeinschuldner oder ein Anderer ins Ausland geschaft hat, entdeckt, oder dadurch, daß er den flüchtigen Schuldner festnimmt und in Folge dessen „Effekten oder andere Vermögensstücke" (auch hierunter sollen kein Geld und keine Kapitalien ver-

---

18a) Das Obertrib. spricht in seiner Entsch. vom 3. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 477) das Gegentheil aus und meint, daß wenn nicht ein Specialkonkurs eröffnet worden sei, hiesige Gläubiger sich an das im Inlande befindliche Vermögen des Kridars nicht halten dürften, dieses Vermögen vielmehr ausgefolgt werden müsse. Der Ausspruch ist jedoch nicht gerechtfertigt, vielmehr das Gegentheil, nach dem geltenden Rechte, das richtige. Die Gründe s. in m. Beurtheilung der Entscheidungen, S. 668 ff.

19) A. G. O. a. a. O. §§. 670, 671; Anh. §. 378. Dem Ministerium ist darnach Anzeige von der auswärtigen Konkurseröffnung zu machen.

20) Ebend. §§. 330, 331.

21) Leyser, Spec. 489, m. 10. — Hergenommen von dem besondern Falle der L. 10, §. 16 D. quae in fraudem cred. (XLII, 8).

standen werden), die der Schuldner selbst entfremdet hat, mögen sie sich dann bei seiner Person oder bei einem Andern befinden, entdeckt werden, — einen Zuwachs veranlaßt, dadurch in seiner Klasse den Vorzug, nach Verhältniß des der Masse verschafften Vortheils, erhält. Wird er hiernach nicht befriedigt, so muß er die Hälfte seines Ausfalls, welchen er bei dem Konkurse erleiden würde, aus der Masse vorweg erhalten, wenn der der Masse verschaffte Vortheil soweit reicht[22]); in keinem Falle kann er aber mehr fordern, als davon nach Abzug der aus der Masse vorher bezahlten Kommunkosten übrig bleibt; denn das Privilegium steht nur gegen die Konkursgläubiger, nicht gegen die Massegläubiger zu[23]). VII. Die Separation der Bergwerke[24]), und VIII. die der Seeschiffe mit ihren Schulden[25]). Wegen des Ausfalles können sich sowohl die Berggläubiger als die Schiffsgläubiger an die Person des Gemeinschuldners oder an dessen Konkursmasse halten, nur haben sie bei dieser, in der Eigenschaft als Berg- und Schiffsgläubiger, keine Vorrechte[25a]). IX. Die Separation sämmtlicher Unterpfänder. Die Pfand- und Hypothekengläubiger sind nicht mehr schuldig, sich wegen ihres dinglichen Rechts in den Konkurs einzulassen, nur soweit sie aus dem Gegenstande ihres Unterpfandrechts nicht befriedigt werden und den Gemeinschuldner persönlich verfolgen können, versteht sich, daß sie rechtzeitig liquidiren müssen. Die Hypothekengläubiger werden in dem abgesonderten Subhastations- und Kaufgelderbelegungs-Verfahren befriedigt[26]); die Pfandgläubiger müssen zwar die in ihrem Besitze befindlichen

---

22) A. G. O. a. a. O. §§. 483—485. Pr. des Obertrib. 1214, vom 29. Oktober 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 473). Vergl. m. Beurtheilung der Entsch. S. 598. Dieses Privilegium setzt nicht nothwendig voraus, daß zur Zeit der Entdeckung und Wiederherbeischaffung der Konkurs schon eröffnet gewesen Pr. 1667, vom 3. Januar 1846.

23) Pr. des Obertrib. 910, vom 5. September 1840 (Entsch. Bd. VI S. 256). Vergl. m. Beurtheilung der Entsch. S. 437.

24) A. G. O. §§. 672 flg.

25) Ebend. §§. 681 flg. Auf Stromschiffe findet die Separation nur nach den Grundsätzen unter Nr. IX Anwendung.

25a) §§. 680 u. 689 a. a. O. Der Grundherr gehört wegen seiner Grundentschädigung nicht zu den Berggläubigern und muß sich von Anfang an die Person der Bergeigenthümer halten.

26) V. vom 28. Dezbr. 1840, §. 5 (G. S. 1841, S. 5). — V. I vom 4. März 1834, §. 25 (G. S. S. 31); Subh. Ordn. v. 4. März 1834 (G. S. S. 39); V. vom 2. Dezbr. 1837 (G. S. S. 219); V. vom 21. Oktbr. 1838 (G. S. S. 498).

Pfänder an das den Konkurs oder Liquidationsprozeß leitende Gericht abliefern, welches, unter Zuziehung des Kurators, die Veräußerung bewirkt, doch muß, ohne weitere Rücksicht auf den Gang des Konkurses, aus dem Erlöse ihre Befriedigung erfolgen, oder, wenn das Pfand in einer Forderung besteht, dieselbe überwiesen werden[27]. Nur die Bank und die Seehandlung veräußert ihre Pfänder selbst und liefert den Ueberschuß zur Masse ab[28]. X. Der Versicherte kann, wenn der Gemeinschuldner als Versicherer Rückversicherung genommen hat, von der Masse Abtretung der Rechte gegen den Rückversicherer, gegen Erstattung der dafür bezahlten Prämie und Kosten, fordern[29]. XI. Dasselbe Recht hat, in dem Falle des Bauens mit fremden Materialien auf fremdem Boden, der Eigenthümer der Bau-Materialien wegen der Entschädigung, welche ihm der bauende Gemeinschuldner dafür zu geben hat, hinsichtlich Dessen, was der Gemeinschuldner von Demjenigen, der das Eigenthum des Gebäudes erhält, zu fordern hat[30] XII. Diejenigen, welche ein Retentions- oder ein Kompensationsrecht haben, hinsichtlich dessen, was sie zur Masse schuldig sind[31]. B. Die Separatisten ex jure dominii sind eigentlich nicht Gläubiger, sondern dinglich Berechtigte und werden deshalb auch Vindikanten genannt. Der Gegenstand ihres Anspruchs ist ein in der Masse noch vorhandenes, selbstständiges dingliches Recht[32]. Die Regel des Pr. R. ist, daß die Vindikanten in die Rangordnung gehören, also bei der Passiv-Masse als Liquidanten auftreten. Davon sind jedoch drei Fälle ausgenommen, welche hierher gehören: 1. Diejenigen Deponenten, welche von dem Gemeinschuldner belangt zwar verurtheilt, aber wegen ihrer zum besondern Verfahren verwiesenen illiquiden Einwendungen oder Gegenforderungen zur gerichtlichen Deposition der dem Gemeinschuldner zugesprochenen Summe verstattet worden sind, und demnächst in diesem Separatverfahren obsiegen[33]. 2. Die Behörden, in deren

---

27) V. vom 28. Dezbr. 1840, §. 2 (G. S. 1841, S. 4).

28) K. O. vom 31. Januar 1827 (G. S. S. 24).

29) A. L. R. II, 8, §. 2015.

30) I, 9, §. 339. Er soll sich daran „vorzüglich" halten können.

31) A. G. O. §. 288 a. a. O.

32) Ebend. §§. 292, 295—344. — L. 24, §. 2 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 5, §. 18 D. de trib. act. (XIV, 4); L. 3 C. qui bonis cedere (VII, 71); L. 1 C. de priv. fisci (VII, 73).

33) A. G. O. a. a. O. §. 292. Ist diese Specialmasse mit ihren Deposital-

Diensten der Gemeinschuldner gestanden hat, wegen der ihm zur Amtsverwaltung anvertrauten Amtsschriften und Geräthschaften [34]). 3. Der Konfiskationsberechtigte wegen der konfiscirten Sachen, deren Eigenthum ipso jure durch die Kontravention auf ihn übergeht, ohne daß es auf die Zeit der Publikation des Richterspruchs ankommt [35]). — Die Separatisten haben mit den eigentlichen Konkursgläubigern gemein, daß sie präkludirt werden und die Kosten ihres besondern Verfahrens tragen müssen [36]).

3. Feststellung der Passivmasse.

§. 494.

a) Uebersicht.

1. Zur Feststellung der Passivmasse gehört die Ausmittelung des Grundes und Betrags der Anforderungen, nach den gewöhnlichen Prozeßregeln, und außerdem die Festsetzung des Verhältnisses der einzelnen Gläubiger zu einander. Auf dieses bezieht sich die Lehre von der Rangordnung (Priorität). Die Rechte, welche den Rang geben, sind nicht Wirkung des Konkurses, sie müssen vielmehr schon vorher begründet sein, und in den Konkurs mitgebracht werden: der Konkurs ist nur eine Gelegenheit, wo die Rechte ihre Geltung zeigen; der formelle Konkurs ist jedoch nicht die einzige Gelegenheit, vielmehr tritt die Geltung bei jeder Kollision, auch außer dem Falle des formellen Konkurses, in Wirksamkeit. Die Rangordnung hatte bis auf die neueste Zeit acht Abtheilungen, nämlich sieben Klassen und ein post omnes. Davon ist die dritte Klasse, welche die Hypothekengläubiger enthielt, in Folge der Ausscheidung derselben aus dem Konkurse (492 Nr. IX) ganz weggefallen. Die noch übrigen sechs Klassen beruhen wesentlich auf dem Römischen Prinzipe. Der Grundsatz, daß die Pfandgläubiger ohne Besitz (denn die Faustpfandgläubiger konkurriren mit Niemand) den übrigen Gläubigern vorgehen, scheidet die Konkursgläubiger in zwei Hauptklassen. Unter den Pfandgläubigern sind mehrere

---

zinsen zur vollständigen Befriedigung nicht hinlänglich, so muß der Ausfall liquidirt werden.

34) Ebend. §§. 295, 215. Diese Sachen werden schon bei der Inventur verabfolgt.

35) A. L. R. II, 14, §§. 69, 70. S. o. §. 218, Bd. I, S. 408.

36) A. G. O. a. a. O. §§. 292 u. 102, 145, 146, 296 flg.

durch ein Privilegium bevorzugt. Dadurch zerfällt die eine Klasse in Zwei. Die Gläubiger der zweiten Hauptklasse sollten alle verhältnißmäßig befriedigt werden; es giebt jedoch mehrere rein positive Ausnahmen, von welchen Einige sogar allen Pfandgläubigern vorgehen, so daß aus der zweiten Hauptklasse Drei entstehen. Hieraus ergeben sich folgende Fünf Klassen des G. R.: 1. Die vorzüglich privilegirten Personalgläubiger, z. E. der Leichenbestatter wegen der Begräbnißkosten [1]); 2. die privilegirten Pfandgläubiger, namentlich der Fiskus wegen der öffentlichen Abgaben, die Ehefrau wegen der Dos, Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen u. A.; 3. die übrigen Pfandgläubiger; 4. die privilegirten persönlichen Gläubiger verhältnißmäßig, mit Ausnahme des Fiskus, welcher Allen hier vorging. Später ist ihm, wie noch einigen andern ursprünglich bloß pivilegirten Gläubigern, ein Pfandrecht beigelegt worden, wodurch dieselben hier ausgeschieden sind, wie z. E. Diejenigen, welche zur Erbauung eines Gebäudes Geld hergegeben haben [2]); Pupillen und Kuranden wegen aller Forderungen gegen den Vormund aus dessen Verwaltung [3]). Die in dieser Klasse noch übrig gebliebenen Gläubiger sind: der Regent und seine Gemahlin [4]); städtische Gemeinden, Kirchen und milde Stiftungen [5]); die Braut mit der condictio sine causa [6]); Kuranden, die nicht wie die Minderjährigen ein Pfandrecht haben [7]); wer zur Erbauung oder Ausbesserung eines Schiffes Geld ohne Hypothek vorgestreckt hat [8]); und wer bei einem Argentarius Geld unverzinslich deponirt [9]). 5. Alle übrigen Gläubiger (Chirographarien) [10]). Die Separatisten und Vindikanten wurden nicht klassificirt, sondern verfolgten nebenher ihr dingliches Recht, da sie mit Niemand konkurrirten. Hieraus entstehen die Sechs Klassen

---

1) L. 45 D. de religiosis (XI, 7).

2) L. 24, §. 1 D. de bonis auct. jud. (XLII, 5); L. 1 D. de cess. bonor. (XLII, 3); L. 35 D. de rebus creditis (XII, 1).

3) L. 19, §. 1; L. 24 pr. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).

4) L. 6, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14).

5) L. 38, §. 1 D. de rebus auct. jud. (XLII, 5). — C. 1, 2, 3, 7 X. de in integrum rest. (I, 41). — Clem. un. eod.

6) L. 17, §. 1, L. 18 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).

7) L. 19—23 D. eod.

8) L. 26, 34 D. eodem. Erstreckt sich auf die ganze Masse.

9) L. 24, §. 2 D. eod. — L. 7 §§. 2, 3 D. depos. (XVI, 3).

10) L. 6 C. de bonis auct. jud. (VII, 72); L. 6, §. 7 D. quae in fraud. (XLII, 7).

des heutigen Pr. Konkurses. Die Erste Klasse enthält die Vindikanten; die Zweite Klasse entspricht der Röm. Ersten Klasse; die Dritte fällt weg; die Vierte entspricht der Zweiten, die Fünfte der Dritten, die Sechste der Vierten und die Siebente der Fünften. II. Bei dieser Rangordnung gilt der Grundsatz, daß nur denjenigen Forderungen, welchen ein Vorrecht ausdrücklich beigelegt ist, ein solches zu statten kommt und eine analoge Anwendung auf andere bloß ähnliche Forderungen durchaus unzulässig ist [11]).

b) Rangordnung.

Tabellarische Uebersicht der Lehre von der Klassifikation der Gläubiger im Konkurse, nach den Vorschriften der Allg. Gerichtsordnung, des Allg. Landrechts und der neuern Gesetze. 3. Aufl., Berlin 1828. Neue Aufl. unter dem Titel: Tabelle über die Klassifikation der Gläubiger im Konkurse nach den Preuß. Gesetzen, mit Berücksichtigung derjenigen neuen Gesetze, welche die Allg. Gerichtsordnung, sowie das Allg. Landrecht ergänzen oder abändern, und mit steter Verweisung auf den Kommentar zur Allg. Gerichtsordnung von Grävell Royal-Fol., Berlin 1834. Entspricht nicht mehr dem Rechtszustande, nachdem nicht allein die Dritte Klasse ganz ausgeschieden ist, sondern auch die Zweite Klasse Veränderungen erfahren hat. — v. Gmelin, die Ordnung der Gläubiger im Gantprozesse. 5. Aufl., Ulm 1813.

§. 495.

Erste Klasse.

Diese Klasse enthält siebenzehn Fälle, welche mit einziger Ausnahme der letzten Post Vindikationen sind, und eigentlich bei der Feststellung der Aktivmasse als Separationen behandelt werden müßten. Die Berechtigten haben auch noch das daraus folgende Privilegium, daß über ihre Ansprüche besonders verhandelt und erkannt werden, und daß ihre Befriedigung abgesondert von den eigentlichen Konkursgläubigern erfolgen muß, auch daß sie nicht zu den Kommunkosten beitragen [1]). Die hierher gesetzten Fälle sind: 1. Zurückgeforderte noch vorhandene Deposita, auch versiegelt oder verschlossen deponirte baare Gelder [2]); 2. geliehene, vermiethete

---

11) A. G. O. I, 50, §. 488. S. darüber Bielitz in der Jur. Wochenschrift, 1837, S. 345.

1) A. G. O. I, 50, §§. 355, 527, 528. R. v. 31. Dezbr. 1819 (Jahrb. Bd. XIV, S. 212). Die Klasse könnte ganz wegfallen.

2) §. 296 a. a. O. — L. 17, §. 1 D. depos. (XVI, 3); L. 24, §. 2 D. de reb. auct. jud. poss. (XLII, 5).

oder bittweise überlassene, nicht die auf andere Art in Gewahrsam des Schuldners gekommene specielle Sachen, welche noch in Natur vorhanden und individuell unterscheidbar sind [3]); versetzte Pfandstücke oder der nach Berichtigung der Schuld davon verbleibende Ueberschuß [4]); 4. gestohlene oder sonst durch unerlaubte Handlung des Schuldners in dessen Gewahrsam gekommene und noch vorhandene Sachen [5]); 5. in Kommission gegebene Kaufmannsgüter und die aus deren Verkaufe gelöseten, besonders aufbewahrten, und als dem Kommittenten zugehörig bezeichneten Gelder, so wie die noch ausstehenden Kaufgelder und 6. die in Kommission eingekauften Waaren [6]); 7. auf baare Zahlung verkaufte Waaren, wenn der Konkurs innerhalb dreier Tage nach der Uebergabe ausbricht [7]); 8. die Hofwehr der Laßbauern [8]) und das dem Gemeinschuldner als Pächter übergebene Inventarium, soweit es in Natur vorhanden ist [9]); 9. das Eigenthum der mit ihrem Manne nicht in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau, mit Ausnahme der ihr während der Ehe vom Manne angeschafften, nur zur Pracht dienenden, Juwelen, Gold, Silber, Perlen, Kanten u. dergl. [10]); 10. das Eigenthum der Kinder [11]); Lehen und Fideikommisse [12]); 12. bedingungsweise überlassene Sachen (reservatum dominium) [13]);

---

3) §. 297 das. — A. L. R. I, 15, §§. 45—47. — L. 9 D. de rei vind. (VI, 1); L 8, 9 D. commodati (XIII, 6); L. 39, 60, §. 1 D. loc. cond. (XIX, 2).

4) A. G. O. §. 298. — L. 13 D. de pignorat. act. (XIII, 7).

5) A. G. O. §. 299 a. a. O. Fremde Sachen, welche ohne obligatorischen Grund in den Besitz des Gemeinschuldners gekommen sind, werden schlechthin vindicirt. Vergl. §. 297 d. T.

6) Ebend. §§. 300—304. — S. o. §. 405, und Recht der Ford. §. 49, V und VI.

7) §§. 305—309 a. a. O. — I, 11, §. 134. — Simon, Rechtsspr. I, S. 181 flg.

8) Ed. v. 14. Februar 1811, §§. 18, 37, 54; Dekl. vom 29. Mai 1816, §§. 43, 44. Jetzt obsolet.

9) A. G. O. §§. 310, 311. Neu angeschaffte Stücke treten in die Stelle der Eingegangenen. S. o. §. 93, Bd. I, S. 217.

10) A. G. O. §§. 312—326; A. L. R. II, 1, §§. 391, 312, 560; Anh. §. 74.

11) A. G. O. §§. 327, 328. — L. 5 pr., L. 6, §. ult. C. de sec. nupt. (V, 9).

12) A. G. O. §§. 330—334 a. a. O.

13) Ebend. §. 335. Ist die Bedingung noch nicht eingetreten, so kann die Entscheidung abgewartet oder auch die Veräußerung für die Konkursmasse unter der Auflage, daß der Käufer sich den Ausgang gefallen lassen müsse, bewirkt werden.

13. vorräthige Feuersozietäts- und Bauhülfsgelder, welche nothwendig entweder den Käufern des herzustellenden Grundstücks mit ausgeliefert oder zur Bezahlung der Baugläubiger verwendet werden müssen [14]); 14. zur Verarbeitung gegebene Materialien, oder von dem Werkmeister aus dem ihm dazu gegebenen Vorschusse angeschaffte Materialien [15]); 15. Materialien, welche Fabrikunternehmer an ihre Arbeiter vorgeschossen haben, oder die daraus verfertigten Waaren, und die von Fabrikanten an Kaufleute auf Kredit gegebene Waaren, wenn innerhalb Jahresfrist nach der Ablieferung der Konkurs ausgebrochen ist und die erfolgten Waarenlieferungen in gehörig geführte Handlungs- oder Abrechnungsbücher eingetragen worden sind [16]). Die Eintragung in solche Bücher ist kein bloßes Beweismittel, sondern ein wesentliches Erforderniß des Vorrechts, daher deren Mangel nicht durch anderweitigen Beweis des Geschehenen, namentlich nicht durch Zugeständniß der Thatsache Seitens des Konkurs-Kurators ersetzt werden kann [16a]). 16. Dasselbe Recht ist dem zur Unterstützung der kleinen Seiden- und Baumwollenfabrikanten in Berlin, Potsdam und Köpnick bestimmten Fonds, hinsichtlich der vorgeschossenen Materialien und der daraus verfertigten Waaren, beigelegt [17]); 17. Vorschüsse an Unterthanen in Saat, Brot- und Futtergetreide von Seiten der Gutsherrschaft oder deren Stellvertreter, wenn sie während des letzten Wirthschaftsjahres vor dem Konkurse, mit Zustimmung des Richters, gemacht worden sind [18]). Die Voraussetzung dieses Falles hat aufgehört, auch scheidet er, da die

---

14) §. 336 a. a. O. Dieser Fall gehört ganz eigentlich zur Feststellung der Aktivmasse, denn ein Berechtigter fehlt hier und die Anordnung betrifft das gemeine Beste.

15) A. G. O. §. 344 a. a. O. — A. L. R. I, 11, §§. 975—980. Nur bedingt so nach R. R., §. 25 J. de rer. divis. (II, 1). Eine positive Ausdehnung ist §§. 342, 343; u. Anh. §§. 355, 356.

16) Diese Bestimmungen sind ganz positiv. §§. 337 u. 338 a. a. O. Edikte v. 20. Septbr. 1719 und v. 26. Juli 1756. — Anh. z. A. G. O. §. 354.

16a) Präj. des Obertrib. 2071a, vom 25. Septbr. 1848.

17) §§. 339—341 das. — Obsolet.

18) §§. 345—353 a. a. O. — R. vom 13. März 1772 u. vom 15. März 1784 (N. C. C. M. Tom. VII, S. 2791). — Vergl. Hagemann, Landwirthschafts-R. §. 71, Nr. 11. Auch dieser Fall ist veraltet, er bezieht sich auf das aufgehobene Unterthänigkeitsverhältniß und könnte nur noch analoge Anwendung finden auf abhängige Besitzverhältnisse, welche nun, nach dem G. v. 2. März 1850, ebenfalls aufgehoben sind.

Erstattung aus dem Grundstücke geschehen soll, überdies aus dem Konkurse ganz aus [19]).

§. 496.

Zweite Klasse.

I. In diese Klasse sind die eigentlichen Pfandgläubiger mit den, den absolut privilegirten Gläubigern der ersten Klasse des G. Rechts entsprechenden Gläubigern zusammengestellt. Diese Pfandgläubiger, nämlich: 1. die Faustpfandinhaber [1]) und Alle, welche ihnen gleich zu achten, als: 2. Verpächter und Vermiether, Gastwirthe, in Ansehung der von dem Schuldner ihnen zugebrachten Effekten [2]); 3. Schiffer und Fuhrleute wegen ihrer Fracht und Ungelder, hinsichtlich der zum Transport empfangenen Waaren [3]); 4. Versicherer wegen der nicht kreditirten Prämie in Beziehung auf den versicherten Gegenstand, wenn der Konkurs binnen dreißig Tagen nach der Zeichnung der Police ausgebrochen ist [4]), — scheiden, mit Ausnahme der Letztern (4), insoweit sie aus dem Gegenstande ihres speziellen Pfandrechts an Kapital, sämmtlichen Zinsen und der auf Einklagung der Forderung vor entstandenem Konkurse verwendeten, Kosten (die Kosten der Liquidation im Konkurse und resp. im Kaufgelderbelegungsverfahren müssen auch sie tragen) [4a]) befriedigt werden können, aus der Klassifikations-Ordnung aus, und den Ausfall haben sie, wenn ihnen der Gemeinschuldner persönlich verpflichtet ist, an der Stelle zu liquidiren, welche die persönliche Forderung nach ihrer Beschaffenheit an sich hat [5]). II. Von den noch übrigen zehn Posten dieser Klasse werden folgende Fünf zunächst aus den Revenüen und Kaufgeldern der vorhandenen Grundstücke berichtigt: 1. ein zweijähriger Rückstand landesherrlicher Abgaben jeder Art, sowohl derjenigen, welche der Gemeinschuldner für seine Person, als auch der, welche er von seinem Grundbesitze

---

19) A. G. O. §. 354. — V. vom 28. Dezember 1840, §. 8 (G. S. 1841, S. 6).

1) A. G. O. I, 50, §§. 377—381.

2) Ebend. §§. 382a, 382b. — Anh. §. 359; A. L. R. II, 8, §. 455.

3) A. G. O. §. 383 a. a. O. Wenn auch der Transport noch nicht begonnen hatte. Pr. des Obertrib. 1702, vom 13. Februar 1846. — Vergl. Glück, Kommentar, XI, S. 216 flg.

4) A. G. O. §. 384. — A. L. R. II, 8, §. 2115. — Ass.-Ordn. vom 18. Febr. 1766, §. 7. Diese scheiden nicht aus Pr. O. §. 525 lit. f. u. §. 527 d. T.

4a) Pr. des Obertrib. 1657, vom 11. Dezbr. 1845.

5) V. v. 28. Dezbr. 1840, §§. 2 und 15 (G. S. 1841, S. 4).

zu entrichten gehabt hat, also auch rückständige Klassensteuer und Stempelgefälle; 2. ein gleicher Rückstand der Kreis- und Kommunal- so wie der Kirchen- und Schullasten und aller sonstigen wahren Reallasten, wozu auch Schornsteinfegergeld gehört, weil die Reinigung der Schornsteine von der Obrigkeit angeordnet wird und deshalb als eine öffentliche Last zu betrachten ist; 3. ein gleicher Rückstand von Beiträgen an Feuer-Sozietätskassen, genehmigte Gesellschaften zu Viehassekuranzen; 4. rückständige Gehälter und Löhnungen der Gutsleute und Beamten aus den letzten zwei Jahren; 5. rückständiges Pflüger- und Drescherlohn aus dem letzten Jahre (§. 374, Bd. I S. 654). III. Der bei der Kaufgelder-Vertheilung entstehende Ausfall kann, wenn der Gemeinschuldner zugleich persönlicher Schuldner ist, bei der Konkursmasse in eben dieser Klasse gefordert werden und alsdann kommen hier folgende Posten in der angegebenen Ordnung zur Berichtigung [6]: 1. die zweijährigen Rückstände landesherrlicher Abgaben; 2. die gleichen Rückstände von Kreis-, Kommunal-, Kirchen-, Schulen-, und Damm- und Deichlasten; 3. rückständige Beiträge zu obrigkeitlich genehmigten Feuersozietätskassen rc.; 4. die Forderungen des Fiskus an seine Kassenbedienten wegen Defekte [7]; 5. Begräbnißkosten, und zwar nur bis 50 Thaler bei einem Adligen oder einem charakterisirten Königlichen Bedienten, 30 Thaler bei einem geringern Königlichen Beamten, einem Bankier oder angesehenen Kaufmanne; 10 Thaler bei jedem Andern, ausgenommen wenn die Ortsverfassung mehr Ausgaben unvermeidlich macht [8]; 6. Medizinalkosten aus dem ganzen letzten Jahre vor eröffnetem Konkurse, und zwar der Lohn des Arztes, Wundarztes, Geburtshelfers und der Hebamme, so wie die Kosten für die von einem approbirten Arzte verschriebenen Medikamente [9]; 7. der Lohn der Dienstleute

---

6) A. G. O. §§. 385, 386 a. a. O.

7) A. L. R. II, 14, §§. 45—47; II, 20, §§. 453—455; A. G. O. a. a. O. §§. 360, 393, Nr. 4, §. 361, 405. — Deklarat. v. 18. April 1803 (N. A. III, S. 142); Anh. z. A. G. O. §. 361.

8) A. G. O. §§. 362—366. Ueber das G. R. s. R. der Ford. §. 50, II, B, 2. Liquidiren muß der, welcher die Besorgung des Begräbnisses animo repetenti unternommen hat (§. 365 a. a. O.), denn die actio funeraria ist eine Species der negotiorum gestorum actio.

9) A. G. O. §§. 367, 368, 371, Nr. 2. — Darnach ist das privilegium ein pr. personarum; denn der Krankenwärterlohn und die Kosten für die Krankenkost haben das Vorrecht nicht. Anders nach G. R., wonach es ein priv. causae ist. Recht der Ford. a. a. O. Nr. 3.

aus den letzten zwei Jahren vor Eröffnung des Konkurses, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch im Dienste des Gemeinschuldners waren, oder erst bei Einführung der Sequestration von der Behörde entlassen wurden; oder wenn sie vor Eröffnung des Konkurses gegen den Gemeinschuldner wegen des Lohnrückstandes geklagt haben. Mehrere Dienstboten erhalten im Falle der Unzulänglichkeit der Masse verhältnißmäßige Befriedigung [10]). 8. Der Ausfall des Pflüger- und Drescherlohns; 9. Schul- und Lehrgeld für die Kinder des Gemeinschuldners aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung [11]); 10. die Forderungen der Bäcker, Schlächter, Schneider und Schuster, wegen der dem Gemeinschuldner und der in dessen Hause lebenden Familie zu ihrer Nahrung und Kleidung in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung auf Borg gegebenen Bedürfnisse [12]).

§. 497.

Dritte, sonst vierte Klasse.

Nachdem die dritte Klasse, welche die Hypothekengläubiger enthielt, ganz ausgeschieden ist, folgt auf die Zweite unmittelbar die Vierte. In dieser stehen die privilegirten Hypotheken der Röm. Ordnung, welche im Pr. R. nur als Titel zur Hypothek gelten (§. 367, Bd. I S. 639), und daher nur in dem Konkurse des persönlichen Schuldners liquidirt werden können. Die Klasse hat, nachdem der letzte durch Aufhebung der Privatgerichte ganz weggefallen ist, noch 11 Gläubiger, von welchen der Erste, nämlich der Fiskus, hinsichtlich aller seiner unmittelbaren Forderungen, mit Ausnahme der Strafen und Kosten, allen Uebrigen vorgeht. Die Letzteren ordnen sich nach dem Alter, nur die Gerichtskosten kommen unbedingt zuletzt, mehrere Sportelkassen zugleich, an die Reihe, und die Untersuchungskosten folgen sogar erst hinter allen Gläubigern der letzten Klasse [13]). Die hierher gehörigen Liqui-

---

10) A. G. O. §§. 370—373, 393, Nr. 5. Ueber die Abweichungen vom G. R. s. Recht der Ford. §. 50, II, A, 4.

11) A. G. O. a. a. O. §. 375. Ist dem R. R. fremd.

12) §. 376b a. a. O. — Ist ebenfalls neues Recht. Das Privilegium ist kein priv. causae, sondern ein priv. personarum bloß für die genannten Handwerker.

13) §§. 403, 429 a. a. O. — Anh. §§. 362, 368. — Hommel Rhaps. 594.

danten sind: I. der Fiskus mit 1. den ältern als zweijährigen Rückständen der öffentlichen Abgaben; 2. demjenigen, was ihm der Gemeinschuldner aus einer Bürgschaft schuldig geworden; 3. den von Andern als den bei einer Kasse angestellten Beamten gemachten Defekten; 4. den Forderungen aus Pachtkontrakten; endlich überhaupt 5. mit allen Forderungen aus einem Kontrakte oder einem andern Grunde, wenn solche kein besseres oder geringeres Vorrecht haben [14]); 6. dem Werthe der sonst zu konfiszirenden Sachen in Fällen, wo derselbe nach besondern Gesetzen an die Stelle der Sachen selbst tritt [15]). — Das fiskalische Vorrecht hatte sonst auch der Landesherr wegen seiner s. g. Chatullgüter und Forderungen; nach heutigem Rechte aber steht der Civilliste des Königs kein Vorrecht zu [16]). Außerdem haben es die mit fiskalischen Rechten versehenen öffentlichen Anstalten, namentlich: a) die Bank, jedoch nur gegen ihre Beamten, weil sie zur Behauptung ihres Kredits im Uebrigen auf das Vorrecht verzichtet hat; b) die Seehandlungs-Sozietät, jedoch gegen Kaufleute mit Modifikationen [17]); c) die Allgemeine Wittwen-Verpflegungsanstalt [18]); d) die Offizier-Wittwenkasse [19]); e) die prinzliche Gesammtkammer [20]); f) solche gerichtliche Salarienkassen, deren Ausfälle aus unmittelbaren Staatskassen gedeckt werden [21]). II. Die vorhin (§. 496 No. II, 2 und 3) genannten Kassen und Anstalten, wegen der über zwei Jahre alten Rückstände und Beiträge [22]). III. Die landschaftlichen, Kreis-, Kämmerei-, Leih-, Deichsozietäts-, Deposital-Kassen, Domkapitel, Kollegiatstifter, Klöster, Kirchen, Schulen, milde Stiftungen und Zünfte, wegen ihrer Forderungen

---

14) A. G. O. §§. 395—400 a. a. O. — Corp. jur. Frid. IV, 12, §§. 33, 36, 55. — Ueber das Geschichtliche des fiskalischen Vorrechts s. Recht der Ford. §. 52, Nr. I.

15) II, 14, §. 71. Ist eine Ausnahme von der Regel, daß die Vermögensstrafen post omnes kommen.

16) Die Gründe des alten u. des neuen Rechts s. o. §. 60 a. E., Bd. I, S. 175.

17) A. G. O. §. 401 a. a. O.

18) Regl. für dieselbe, vom 28. Dezbr. 1775, §. 41. — Simon, Rechtssprüche I, S. 71.

19) K. O. vom 27. Mai 1796 (Stengel, II, S. 222).

20) A. G. O. §. 402. — Ueber die Errichtung der prinzlichen Gesammtkammer s. m. K. O. vom 23. Oktbr. 1737 (N. C. C. Tom. III, S. 1239, Nr. 29); und über deren Einrichtung: K. O. vom 4. März und 23. Febr. 1743 (N. C. C. l. c. No. 30; Rabe I, 2, S. 114 und 186).

21) Anh. z. A. G. O. §. 362. Das ist jetzt bei allen Gerichtskassen der Fall.

22) A. G. O. a. a. O. §§. 357, 359, 404.

an ihre Verwalter aus der Verwaltung, nach dem Alter der Anstellung ihres Schuldners [23]). IVa. Die Ehefrau in Ansehung ihres Eingebrachten, soweit es nicht vindicirt worden, ohne Unterschied, ob es Dotal- oder Paraphernal-Vermögen genannt wird, mit Einschluß der gültigen Geschenke und der Morgengabe, nach dem Alter der Ehe, oder wenn die Einbringung später geschehen ist, nach dieser Zeit [24]). Das Vorrecht dieser Klasse ist, wie gesagt, zusammengesetzt aus dem der Forderung anhangenden gesetzlichen Pfandrechte und aus einem der Person beigelegtem privilegium exigendi. Dies ist von Einfluß bei der Abtretung oder Vererbung der Forderung. Regel ist: das persönliche Privilegium geht nicht über, folglich muß die vererbte Forderung in die folgende Klasse zurücktreten. Eine Ausnahme davon gilt zu Gunsten der Descendenten der Ehefrau, ohne Unterschied, ob die Forderung auf die Descendenten unmittelbar oder in gerader Linie, oder mittelbar, z. E. von einem Geschwister, vererbt worden ist; wenn jedoch die Frau erst nach der Konkurseröffnung verstorben ist, behalten auch andere Erben das Vorrecht [25]). Die Cession der Forderung überträgt auch das Vorrecht dieser Klasse auf den Cessionar [26]). Daraus entsteht die scheinbare Anomalie, daß die Erben des Cessionars bessere Rechte haben und weiter übertragen können, als die Erben der Ehefrau. Da jedoch persönliche Vorrechte dem Gläubiger für seine Person zu Gute kommen sollen, so ist es einerlei auf welche Art er davon Gebrauch macht; es kommt ihm nun durch die Cession in der That zu statten, nicht aber bei der Vererbung von ihm auf Andere [27]). Das Vorrecht geht der Ehe-

---

23) Ebend. §. 405. War nach G. R. streitig. Das Obertrib. behauptet nach dem Pr. 549, v. 20. Oktober 1838, daß wenn eine von diesen Forderungen eingetragen worden, der Ausfall nicht mehr hier, sondern nach §. 452 in der 6. Klasse zu lociren. Allein der §. 392 d. T. bestimmt ausdrücklich: „wenn das Kaufgeld — nicht zureicht, so — werden sie (die ausgefallenen Gläubiger), wenn ihnen nach der Qualität ihrer Forderungen nicht ein anderweitiges Vorzugsrecht gebührt, in der 6. Klasse angesetzt." Daß die Qualität dieser Forderungen sich durch Eintragung verändere, ist nirgend zu finden.

24) Ebend. §§. 406–416. — L. un. §. 1 C. de rei uxor. act. (V, 13); L. 19 verb. jura etiam C. de donat. ante nupt. (V, 3).

25) A. G. O. §§. 413, 432. — Vergl. Simon, Rechtsspr. III, S. 375. — Ueber das G. R. s. Recht der Ford. §. 52, Nr. IVa.

26) A. G. O. §. 413; A. L. R. I, 11, §. 404. Darüber sind die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen vielfach verschieden. Recht der Ford. a. a. O.

27) Die scheinbar widersprechende L. 42 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7) erklärt Mühlenbruch, Cession der Ford. §. 56, sehr gut dadurch, daß darin von einem solchen Falle Rede, wo der Vormund, der für seinen Mitvor-

frau ganz verloren: 1. durch schlechte Wirthschaft oder durch Verschwendung ihrer Seits, oder durch Verleitung des Mannes zu einem verschwenderischen Leben. Ist die Frau eines Bankerutirers Mitschuldige, so hat sie nur auf den Ueberschuß der Masse Anspruch [28]). 2. Durch Uebernahme der Schulden des Mannes [29]); 3. durch Entsagung [30]); 4. durch Ehescheidung, wenn nicht unverzüglich nach Auflösung der Ehe das Eingebrachte zurückgefordert und die Exekution bis zum Ausbruche des Konkurses gehörig fortgesetzt worden ist [31]). IVb. Dieselbe mit dem lästig erworbenen Witthume oder Leibgedinge (Gegenvermächtniß), doch haben die Gläubiger die Wahl, ob sie dafür das Eingebrachte zurückgeben wollen [32]). IVc. Die Erbschatzberechtigten, wegen des in den Händen des Gemeinschuldners befindlichen Erbschatzes, welcher mit dem Eingebrachten zugleich verhältnißmäßig berichtigt wird [33]). V. Die Kinder des Gemeinschuldners mit ihrem vermöge der väterlichen Gewalt in den Händen desselben befindlichen, von ihm zurückbehaltenen, nicht etwa auch mit dem ihm außerdem geliehenen oder anvertrauten Vermögen, wohl aber mit dem ihnen bei der Ehescheidung der Eltern von dem schuldigen Theile auszusetzenden Pflichttheile, nach Folge der Zeit, wo es der Vater an sich genommen und beziehlich der Schuldige ausgesetzt hat [34]). VI. Pupillen, Minderjährige, Blödsinnige, Verschwender und Verschollene in dem Vermögen ihrer Vormünder, Kuratoren und unbeauftragte Geschäftsbesorger (Protutoren), wegen aller ihrer aus der Ver-

---

mund zahlen muß, dafür aber von dem Pupillen Cession der Klage fordern kann, zugleich aus eigener Schuld verhaftet war, so daß also der Pupille kein Interesse dabei hatte, daß sein persönliches Privilegium mit überging, indem der Vormund ohnedieß schuldig war zu bezahlen.

28) A. G. O. §. 412; A. L. R. II, 1, §§. 274, 275. Vergl. die nun aufgehobenen II, 20, §§. 1485—1487. — Entsch. der Ges.-Kommiss. v. 28. März 1786 (Klein, Annal. I, 270). — Struben, rechtl. Bed. V, 77.

29) A. G. O. §. 410 a. a. O.

30) A. L. R. II, 1, §§. 272, 273. — L. 11, L. 21 C. ad S. C. Vell. (IV, 29).

31) A. G. O. §. 415 a. a. O. Die Provokation wird darnach binnen 24 Stunden nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung anzubringen sein. Doch muß hauptsächlich das richterliche Ermessen über die Frage: ob ein zurechenbarer Verzug eingetreten, entscheiden.

32) Ebend. §. 438. S. unten §. 841, Nr. II, 2.

33) A. L. R. II, 1, §§. 303, 304.

34) A. G. O. §§. 417—419. — A. L. R. II, 2, §. 464. — Auch eine auf die Kinder vererbte Schuldforderung an den Schuldner hat dies Vorrecht nicht. Pr. 1129 (Plenarbeschl.) des Obertrib. vom 9. Mai 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 209). — Ueber die Geschichte des Pekuliums und die Einzelheiten s. Recht der Ford. §. 52, Nr. V.

waltung entstehenden Forderungen [35]), nach der Zeit der Verpflichtung und beziehlich Einmischung. Die unter der Vormundschaft der Mutter stehenden Pflegebefohlenen haben dieses Recht auch in dem Vermögen ihres Stiefvaters, wenn ihre Mutter vor Regulirung der Sache ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur ferneren Ehe geschritten ist [36]). VII. Pflegebefohlene und mit ihnen gleichberechtigte Personen, desgleichen die Erbschaftsgläubiger, welche das Separationsrecht haben und davon wirklich Gebrauch machen (§. 493 Note 11), wegen derjenigen Gelder, welche aus ihrem Vermögen, und beziehlich aus der Erbschaft, von dem verwaltet habenden Gemeinschuldner zum Ankaufe eines noch in der Masse vorhandenen Grundstücks verwendet worden sind, jedoch nur soweit die dafür gelöseten und nach Befriedigung der eingetragenen Hypotheken noch übrig bleibenden Gelder zureichen, wobei der Tag der Verwendung die Folge bestimmt [37]). VIII. Diejenigen, welche einem Officier zu seiner Equipirung, mit Konsens des Chefs, Vorschüsse, die dazu auch wirklich verwendet worden sind, gemacht haben, wobei der Tag des Konsenses die Stelle bestimmt [38]). IX. Die Baugläubiger, wegen der zu den in der Masse noch vorhandenen Gebäuden gelieferten Materialien, gethanen Arbeiten, oder vorgeschossenen Gelder, nach der Zeitfolge der mit ihnen abgeschlossenen Kontrakte [39]). X. Diejenigen, welche Vorschüsse zum Gutsinventarium, oder zu Saat-, Brot- und Futterkorn, oder zur Abtragung der Gutslasten oder Brandschatzungen

---

35) A. G. O. §. 421; A. L. R. II, 18, §§. 235 (wo in einigen Ausgaben aus einem Druckfehler „fünfte", statt vierte Klasse steht), 297, 888, 914. — L. 20 C. de administrat. tutor. (V, 37); L. un. §. 1 C. de rei uxor. (V, 13); L. 7, §. 5 i. f. C. de curatore furiosi (V, 70); Nov. 118, c. 5 i. f. — Ueber die darin liegenden Abweichungen vom R. u. G. R. s. Recht der Ford. §. 52, Nr. VI.

36) A. L. R. II, 18, §. 949. — L. 2 C. quando mulier tutelae officio (V, 35); L. 6 C. in quib. caus. pign. (VIII, 15); L. 8, §. 4 C. de sec. nupt. (V, 9); Nov. 22 c. 40.

37) A. G. O. §§. 422, 276. — Das R. R. gab den Pflegebefohlenen die Wahl zwischen dem Eigenthume der Sache, oder einem Specialpfandrechte an derselben wegen der Gelder. L. 2 D. quando ex facto tut. (XXVI, 9); L. 3 pr. D. de reb. eor. qui sub tut. (XXVII, 9); L. 6 C. de servo pignori dato (VII, 8). — Gehört das verwendete Geld Mehreren, so nehmen sie verhältnißmäßig Theil. L. 7 pr. D. qui potior. (XX, 4).

38) A. G. O. §. 423. — Schweppe, jurist. Magazin I, Nr. 6.

39) Ebend. §§. 424, 426. — L. 1 D. in quib. caus. pign. (XX, 2); L. 24, §. 1 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 21 D. de pign. act. (XIII, 7); Nov. 97, c. 3.

gegeben haben, soweit ihnen nicht die Erste Klasse zusteht[40]). XI. Versicherer wegen der nicht kreditirten Prämie, wenn die Police älter als 30 Tage vor der Konkurseröffnung ist und die versicherten Gegenstände noch in der Masse vorhanden sind[41]).

§. 498.

Vierte, sonst fünfte Klasse.

Diese der dritten Klasse der Röm. Ordnung entsprechende Klasse enthält folgende zwölf Fälle, unter welchen noch der sich nur auf Pfandrechte beziehende Grundsatz, daß das ältere dem jüngern vorgeht, den Rang bestimmt[1]). I. Vorbehaltene, aus den zur Masse gehörigen Grundstücken zu entrichtende, nicht im Grundbuche eingetragene Renten, gleichviel, ob sie bei einer Veräußerung des Grundstücks dem Veräußerer, oder bei einer Erbtheilung einem Erben oder Legatar vorbehalten worden sind[2]). Bloß gekaufte Renten begründen nur ein persönliches Forderungsrecht, ohne jeden Vorzug, wenn dafür nicht besondere Sicherheit bestellt worden ist[3]). Die für einen einzelnen Fall zu entrichtenden Laudemien sind gleichfalls von der Person des anziehenden oder abgehenden Erbzinsmannes zu entrichten und gehören nicht hierher[4]). II. Die nicht zu den Descendenten gehörigen Erben der Ehefrau, und die geschiedene Ehefrau, wenn sie ihr persönliches Privilegium verloren hat, wegen des Eingebrachten, der gültigen Geschenke und der Morgengabe[5]). III. Die Ehefrau oder deren Erben wegen des vorbehaltenen Vermögens, welches der Gemeinschuldner nach sich genommen oder in Verwaltung erhalten hat. Unverzinsliche Darlehne gehören in diese Kategorie, weil dabei der Ehefrau nichts zur Verwaltung übrig bleibt. Verzinsliche Darlehne an den Mann hingegen, so wie der Ersatz für Beschädigungen Seitens des

---

40) A. G. O. §§. 345, 425, 426. — S. o. §. 495, Nr. 17.

41) Ebend. §§. 427, 384. — Vergl. o. §. 494, Nr. 4.

1) A. G. O. a. a. O. §. 451.

2) A. L. R. I, 18, §. 815. — A. G. O. §§. 430, 431, 460 a. a. O. — Vergl. oben §. 359, Nr. II, Bd. I, S. 625.

3) A. L. R. I, 11, §. 611.

4) Schles. Arch. Bd. I, S. 391 flg. — Vergl. das Pr. 204, vom 8. April 1837. Die Frage hat nur noch ein vorübergehendes Interesse. Vergl. o. §. 309—316.

5) A. G. O. a. a. O. §. 432. — S. o. §. 497, Nr. IVa.

Mannes, kommen in die letzte Klasse. Das Vorzugsrecht richtet sich nach dem Tage der Uebernahme der Verwaltung [6]. — Der putativen Ehefrau ist wegen des ihrem Manne überlassenen Vermögens dasselbe Vorrecht eingeräumt [7]. IV. Die Ehefrau des Gemeinschuldners in Ansehung des Gegenvermächtnisses, Witthumsgeldes und anderer dergleichen auf den Todesfall des Mannes verschriebenen Vortheile, soweit dieselben durch einen, vor oder bis Vollziehung der Ehe geschlossenen Kontrakt ausgesetzt sind und der Mann damals noch nicht über sein Vermögen verschuldet war. Wenn er schon überschuldet war oder soweit er dadurch überschuldet wurde, muß die Frau damit allen Glaubigern nachstehen. Die erst während der Ehe aber bei noch hinlänglichem Vermögen zugesicherten Vortheile kommen gleichfalls hinter die letzte Klasse zu stehen; die etwanige Gegenleistung kann jedoch als Eingebrachtes in der vierten Klasse zurückgefordert werden. Der Tag der Heirath bestimmt den Ort für die in diese Klasse gehörigen Forderungen [8]. V. Herrschaften in dem Vermögen ihrer Beamten und Dienstboten wegen aller, von diesen während des Dienstverhältnisses gemachten Defekte und Veruntreuungen, nicht wegen anderer Forderungen; VI. Lotterieuntereinnehmer in dem Vermögen der Kollekteurs, wegen der diesen zur Last fallenden Defekte; VII. Kreditmassen in dem Vermögen ihrer Kuratoren, wegen der von diesen gemachten Defekte. Das Vorrecht in den drei letzten Fällen bestimmt sich nach dem Tage der Entstehung des Rechtsverhältnisses [9]. VIII. Domkapitel, Kirchen, Schulen, Hospitäler und andere milde Stiftungen (pia corpora), Kreiskassen und Kämmereien, wegen ihrer Forderungen aus Rechtsgeschäften, in dem Vermögen ihrer Kontrahenten, vom Tage der Entstehung der Forderung [10]. IX. Die Unternehmer der zum Unterhalte des Potsdamschen Militair-Waisenhauses gewidmeten Fabriken und der Gold- und Silbermanufaktur, wegen der dem Gemeinschuldner

6) §. 433 a. a. O. — Simon, Rechtssprüche, Bd. I, S. 197.

7) A. L. R. II, 1, §. 958 (970). Ist nach G. R. streitig.

8) A. G. O. a. a. O. §§. 434—439; A. L. R. II, 1, §. 467.

9) A. G. O. a. a. O. §§. 440—443. Das Pfandrecht der Kreditmassen (VII) ist nach G. R. bestritten.

10) §. 444 a. a. O. Das pignus legale dieser Anstalten war kontrovers. — Es macht keinen Unterschied, wenn der Verwalter zwar auf seinen Namen aber doch das Geschäft der Anstalt besorgt, z. B. wenn ein Pfarrer aus dem Kirchenvermögen Geld verleihet und der Schuldschein auf seinen Namen geschrieben wird. A. L. R. II, 18, §. 252; II, 11, §§. 228, 623, 628.

kreditirten Waaren; X. Diejenigen, welche von dem Gemeinschuldner cautio pro expensis gefordert haben und damit von dem Richter, wegen vermeintlich hinlänglicher Sicherheit des Beklagten, zurückgewiesen worden sind, hinsichtlich der Kosten, nach dem Tage des Abweisungsdekrets [11]). XI. Immittirte Gläubiger und Alle, welche ein pignus praetorium erlangt haben, in Beziehung auf die davon betroffene specielle Sache, nach der Zeit der Immission [12]). Bei Mobilien begründet nur die wirkliche Auspfändung (Besitzergreifung) dieses Pfandrecht, und bei Immobilien besteht der Begründungsakt in der wirklichen Einleitung der Sequestration, d. h. die Einsetzung des Sequesters. Bei Immobilien sollte, nachdem die V. v. 4. März 1834 §. 22 mit jedem exekutorischen Titel einen Titel zum Pfandrecht auf die dem Schuldner gehörigen Immobilien verbunden hat, die Stellung eines Grundstücks unter nothwendige Subhastation, im Wege der Exekution, gleichfalls das Vorrecht der fünften Klasse begründen, denn die öffentliche Feilbietung im Wege der Exekution ist die kräftigste Beschlagnahme. Die Praxis ist jedoch dagegen [12a]). Die Beschlagnahme von Besoldungen und Diensteinkünften, Pensionen, Fideikommiß- und Lehnsnutzungen oder sonstigen Einkünften giebt dasselbe Vorrecht, in Beziehung auf die bereits fälligen Termine sowohl als auch auf die künftigen, die Zulagen und Vermehrungen nicht ausgenommen; doch tritt hinsichtlich der künftigen Termine gleichzeitige Befriedigung mehrerer Immittirten nach Verhältniß ein [13]). Die im Wege der Exekution dem Exekutionssucher ertheilte Anweisung zur Einziehung einer ausstehenden Forderung giebt auf diese das nämliche Vorrecht [14]); und auch die bloße Beschlagnahme ausstehender Forderungen auf Grund des §. 101, Tit. 24 der Pr. O. steht der Auspfändung des Mobiliars gleich [14a]). — Später kommende Gläubiger, welche sich an die bereits in Beschlag ge-

---

11) A. G. O. §§. 445, 446; I, 21, §. 2 a. E. Beide Fälle sind neu.

12) Ebend. §§. 447—449. — V. I. v. 4. März 1834, §. 21.

12a) Das Pr. des Obertrib. 1054, vom 9. Oktbr. 1841 besagt, daß ein solcher Gläubiger, auf dessen Antrag bloß die Subhastation, ohne Verhängung der Sequestration, verfügt worden, den immittirten Gläubigern rücksichtlich des Vorrechts der fünften Klasse nicht gleichzustellen sei.

13) V. I. vom 4. März 1834, §§. 16—18. — Arndts über Gehaltsabzugsverfahren und Immission; in der Jur. Wochenschr. 1839, S. 202 flg.

14) §. 15 der gedachten Verordnung, vor welcher über die Wirkung der bloßen Assignation gestritten wurde.

14a) Pr. des Obertrib. v. 22. Januar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 447).

nommenen Gegenstände halten wollen, werden durch ein Dekret des Richters für immittirt erklärt (12). XII. Die Stiefkinder des Gemeinschuldners wegen ihres Vatererbes, wenn die Mutter im Besitze des gemeinschaftlichen Vermögens geblieben ist und sich vor der Auseinandersetzung mit den Kindern, und vor der gehörigen Ausantwortung ihres Vermögens, mit dem Gemeinschuldner verheirathet hat, nach dem Alter der Heirath, jedoch nur für den Fall, daß die Kinder ihre Befriedigung aus dem Vermögen der Mutter nicht erhalten können[15]). XII a. Ein in der Prioritätsordnung übergangener, aber in dem A. L. R. anerkannter Fall ist die Ausstattung der unausgestatteten Kinder in dem Vermögen ihrer ausgestatteten Geschwister, nach dem Alter der unter ihnen stattgefundenen Erbtheilung[16]).

§. 499.

Fünfte, sonst sechste Klasse.

In dieser Klasse finden sich grundsätzlich die privilegirten Personalgläubiger der vierten Röm.. Klasse. Diesem entsprechend gilt auch nach Pr. Recht hier der Grundsatz, daß die Gläubiger dieser Klasse verhältnißmäßig befriedigt werden[17]). Von den in diese Klasse gesetzten 15 Posten sind die drei ersten Einzelheiten, Zwei sind ihres Pfandrechts, welches sie nach G. R. hatten, entkleidet und hierher gebracht (Kaufgelder und Erbgelder), die 11te (Privatgerichtsgebühren) fällt weg, und die übrigen lassen sich auf folgende von der Gem. Praxis gebildete Regeln zurückführen[18]): 1. Wer auf Treu und Glauben dem Gemeinschuldner Sachen anvertraut hat und durch Veruntreuung derselben beschädigt wird, geht Andern vor. 2. Wer umsonst Geld verleihet, hat den Vorzug vor Geldvermiethern. 3. Wer zum Ankaufe eines Hauses

---

15) A. G. O. §. 450. — A. L. R. II, 1, §§. 1016, 1017 (1004, 1005). Dieser Fall ist wohl zu unterscheiden von dem Andern, da die Mutter Vormünderin war. S. o. §. 497, Nr. VI.

16) A. L. R. II, 2, §. 318. — S. jedoch oben §. 367, Note 26.

17) A. G. O. §. 473. — L. 6 i. f. C. de bonis auct. (VII, 72); L. 82 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2); L. 7, §. 3 D. depositi (XVI, 3).

18) Leyser, de infimis creditoribus seu de limitibus quartae et quintae classis; in med., sp. 487. — Frister, de privilegio creditorum personali. Goett. 1804.

Geld kreditirt, hat einen gleichen Vorzug[19]). 4. Wer einen besondern Grund der Billigkeit, Pietät oder des Mitleidens für sich hat, z. E. gewisse Arbeiter und Dienende, Lehrer, Alimentarien, kommen in diese Klasse. Die Posten sind: I. die ausgefallenen Hypotheken, wenn der Gemeinschuldner persönlich haftet und die Forderung nach ihrer Qualität nicht ein besseres Vorrecht hat[19a]) Ist der Gemeinschuldner nicht persönlicher Schuldner und vor Ausbruch des Konkurses mit der dinglichen Klage (Mandatsklage) in Anspruch genommen und darauf zum Ersatze dieser Prozeßkosten verurtheilt worden; so kann der Gläubiger gleichwohl diese Kosten, zufolge §. 153 der Conc. O. hier fordern, weil der Kridar persönlicher Schuldner davon ist, denn der Prozeß ist sein eigenes Geschäft mit dem Gläubiger gewesen. II. Alle nicht eingetragenen, jedoch gerichtlich aufgenommenen oder ihrem Inhalte nach gerichtlich rekognoscirten[19b]) Darlehns- oder anderen Schuldinstrumente[20]). Darunter werden privilegirte Instrumente (instrumenta guarentigiata), d. h. solche verstanden, woraus eine unbedingte Geld-Forderung mit allen Erfordernissen bestimmt und klar erhellet. Daher gehören solche Instrumente, welche über gegenseitige Obligationen (nicht zu verwechseln mit zweiseitigen Verträgen), d. h. solche Obligationen, welche noch durch eine Gegenleistung bedingt sind, hierher nicht, wenngleich sie nur von einem Theile allein ausgestellt sind. Andererseits kann eine, selbst von beiden Theilen vollzogene Urkunde über ein zweiseitiges Rechtsgeschäft gleichwohl ein solches Instrument, woraus diese Klasse gebührt, sein, wenn nämlich die darin verschriebene Schuld unbedingt (einseitig) ist, z. E. rückständiges Kaufgeld aus einem, von Seiten des Verkäufers schon vollständig erfüllten Vertrage[21]). III. Die vor Notar und Zeugen vollzoge-

---

19) Diese Regel findet im Pr. R. nicht Anwendung. Nur die rückständigen Kaufgelder, die nach G. R. eine Klasse höher stehen, sind hierher gesetzt.

19a) A. G. O. §. 392 d. T. — Vergl. o. §. 497, Note 23.

19b) A. G. O. I, 10, §. 125. Pr. 1736, vom 2. April 1847.

20) A. G. O. §§. 452, 454. Beide Posten sind gemeinrechtliche **pignora publica**, welche aus der vorhergehenden Klasse, wohin sie eigentlich gehören würden, verwiesen sind. **Corp. jur. Frid.** Th. IV, Tit. 12, §. 81.

21) Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 178. — Pr. des Obertrib. 1024, vom 25. Juni 1841 (Bd. VII, S. 23). Die dort angegebene Begriffsbestimmung ist für die Praxis nicht brauchbar; sie enthält bloß Worte ohne Rechtsbegriffe auszudrücken. Das unterscheidende Merkmal beruhet darin: ob die Forderung einseitig (unbedingt), oder wechselseitig, d. h. durch Gegenleistung bedingt ist. Es ist aber auch nicht bei allen Rechtsgeschäften die Gegenleistung Bedingung, sondern oft nur Folge der Vorleistung; in diesem Falle kommt darauf nichts an,

nen Instrumente derselben Art (Conc. O. §. 472). IV. Der Werth der von dem Gemeinschuldner veruntreuten Sachen, namentlich auch der Gelder und öffentlichen auf den Inhaber lautenden Geldpapiere, welche der Gemeinschuldner als Bevollmächtigter, vermöge Auftrags, für den Machtgeber an sich genommen, aber unredlich verbracht hat[22]; die Veruntreuung ist der Grund des Vorzugs. V. Darlehne, welche ausdrücklich ohne Zinsen, und zum Unterhalte oder zur Unterstützung des Gemeinschuldners in seinem Gewerbe gegeben worden sind[23]; VI. der Werth von, dem Gemeinschuldner als Fabrikanten vorgeschossenen, Materialien; VII. Vorschüsse zum Studiren, aus gleichem Grunde; und der Lohn Derjenigen, welche dem Gemeinschuldner oder dessen Kindern in Sprachen, Künsten und Wissenschaften Unterricht gegeben haben[24]. VIII. Rückständige Kaufgelder für Grundstücke; IX. Erbgelder, welche ein Erbe dem Andern gegen Uebernahme der Immobilien und Mobilien aus der Erbschaft herauszuzahlen hat[25]. X. Alimente, welche der Gemeinschuldner aus Testamenten oder aus Erbtheilungen, oder aus einer unerlaubten Handlung, oder an uneheliche Kinder zu zahlen hat; Alimente aus einem andern Grunde gehören in die letzte Klasse oder hinter Alle[26]. XI. Fällt weg; XII. Gebühren der Rechtsanwalte und Notarien; XIII. Medizinalkosten und Arztlohn aus dem vorletzten Jahre[27]. XIV. Dasjenige, was eine förmlich verlobte Braut ihrem Bräutigam vorgeschossen oder anvertrauet hat, und mit der condictio ob causam zurückfordern kann[28]. XV. Wechsel und Schuldscheine

---

daß die Gegenleistung noch erwartet wird. Die Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Summe muß aus dem Instrumente unmittelbar erhellen, sagt das Pr. 25 u. 389, vom 8. Juli 1833 und 6. Januar 1838. Auch keine Sachdefinition.

22) A. L. R. I, 13, §. 84. Pr. 96 von 1835. A. G. O. §§. 456, 398. Eine baar und verzinslich niedergelegte Kaution gehört nicht hierher, sondern in die letzte Klasse. Pr. 688, vom 17. Juni 1839.

23) A. G. O. §. 457. — Gesterding, de jure praelationis mutui gratuiti; in Analect. jur. Lub., Greifswald 1800, S. 209.

24) A. G. O. §§. 466, 337 flg., u. 464 a. a. O.

25) Ebend. §§. 458, 459. Die Meinungen über die Erbgelder waren verschieden. Recht der Ford. §. 54, Nr. IX. Das ältere Recht erkannte eine gesetzliche Hypothek an. Hyp.-Ordn. II, §. 83.

26) §§. 460—463 a. a. O. — A. L. R. II, 1, §§. 802, 943 (931), 809, 810.

27) A. G. O. §§. 465—468 a. a. O.

28) Ebend. §. 470. Die Natur des der Braut beigelegten Vorrechts ist nach G. R. streitig. L. 17, §. 1 D. de reb. auct. (XLII, 5); L. 74 D. de ure dot. (XXIII, 3); L. un. C. de rei uxor. (V, 13).

in Wechselform, so lange die Wechselverjährung noch nicht abgelaufen ist[29]).

§. 500.

Sechste, sonst siebente Klasse.

In diese letzte Klasse gehören alle Forderungen, welchen kein Vorzug beigelegt ist, und welche nicht noch schlechter, nämlich post omnes gestellt sind; sie werden, wenn die Masse nicht hinreicht, verhältnißmäßig (in tributum) bezahlt[30]).

§. 501.

Post omnes.

Die noch schlechter als in die letzte Klasse gestellten Posten, welche in der hier beobachteten Reihe zur Hebung kommen[31]), sind folgende: I. Untersuchungskosten, ohne Unterschied der Art der Untersuchung[32]). II. Geldstrafen[33]). III. Die Abzüge, welche den Gläubigern auf Kommunkosten gemacht worden sind, und die Liquidationskosten der Gläubiger, nach der Ordnung der Kapitalien[34]). IV. Die Zinsen von den liquidirten Kapitalien. Der Zinsenlauf wird durch die Konkurseröffnung gehemmt und an der Stelle des Kapitals werden nur zweijährige Zinsen, von diesem Tage zurückgerechnet, zugelassen. Die ältern und die während des Konkurses laufenden Zinsen kommen hier zum Ansatz[35]). V. Die Begräbnißkosten, soweit sie nicht in der Zweiten Klasse berichtigt werden, die Trauerkosten der Wittwe und der Kinder; VI. Forderungen aus einem freigebigen Titel; VII. Gebührnisse der Ehefrau, soweit sie nicht klassifizirt sind; VIII. Vermächtnisse[36]).

---

29) A. G. O. §. 471; Anh. §§. 365, 366. Der Grund des Vorzugs ist, weil der Wechselbrief für ein privilegirtes Instrument gilt. A. L. R. II, 8, §. 959.

30) A. G. O. §. 474 a. a. O.

31) Ebend. §. 482. Mehrere gleichartige Posten verhältnißmäßig.

32) Anh. z. A. G. O. §§. 362 u. 368. — Crim.-Ordn. §. 637. Darüber ist unter den gemeinrechtlichen Juristen große Meinungsverschiedenheit.

33) A. G. O. §. 476; Anh. §§. 360, 367. — A. L. R. II, 14, §§. 67, 68.

34) A. G. O. §§. 153, 477a a. a. O.

35) Ebend. §§. 150—152, 477b, 489, 503, 512. Dekl. vom 20. Januar 1820 (G. S. S. 34). Der Rechtssatz, daß der Zinsenlauf gehemmt wird, ist schon im Brand. Landtagsrezeß vom 26. Juni 1653 anerkannt; er weicht vom R. R. (L. 3, §. 1, L. 12, §. 6, L. 18 D. qui potior. in pign. (XX, 4) ab, wird aber von den Praktikern geltend gemacht.

36) A. G. O. §§. 478—481 a. a. O.

§. 502.

Jus subintrandi.

Ist ein Gläubiger des Gemeinschuldners mit dem Gelde eines Andern, vor dem Konkurse, unmittelbar oder mittelbar dadurch, daß das Geld dem Gemeinschuldner zum Zwecke der Befriedigung geliehen worden, und die Befriedigung damit auch wirklich geschehen ist, befriedigt worden, so tritt dieser neue Gläubiger an die Stelle des Befriedigten (jus subintrandi), selbst wenn Dieser der Fiskus, oder ein Hypotheken- oder Pfandgläubiger ist[37]), doch muß, um in die Stelle eines solchen einzurücken, der Zahlende sich das Pfand aushändigen lassen und, wenn es eine Hypothek ist, muß dieselbe noch ungelöscht[38]) und das Instrument auch nicht einem Dritten cedirt sein, sonst tritt der redliche Erwerber der Hypothek an die Stelle des Cedenten, und der Zahlende kann im Konkurse, bei stattgefundener Cession, nur die letzte Klasse erhalten und im Falle der Löschung nur die Stelle einnehmen, welche die bezahlte Post an sich erhalten haben würde. Ist eine Post zwei Mal oder von zwei Personen ganz bezahlt worden, so hat der Zweite nur eine condictio indebiti gegen den Empfänger, gegen den Gemeinschuldner aber und dessen Konkursmasse, außer dem Falle eines Auftrags, der ihm nur in der letzten Klasse einen Platz verschaffen würde, gar keinen Anspruch. Hätte der zweite Zahlende jedoch eine förmliche Cession erhalten, ohne von der frühern Zahlung zu wissen, so würde er die Stelle des bezahlten Gläubigers einnehmen, und der erste Zahler hätte wieder nur aus dem Auftrage eine Forderung. Es können hiernach in Folge der Auszahlung eines Gläubigers zwar wol Mehrere die ganze Summe der ausgezahlten Forderung bei der Konkursmasse liquidiren, doch an der Stelle des alten Gläubigers in jedem Falle nur Einer[39]).

---

37) A. L. R. I, 16, §. 47; A. G. O. §. 161 und Anh. §. 331. V. vom 5. März 1808 (Mathis VI, 1). Nach R. R. fand der Eintritt von selbst nur bei privilegirten Personalforderungen statt, L. 24, §. 3 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5), L. 2 D. de cess. bonor. (XLII, 3), nicht bei Hypotheken, außer wenn der Schuldner dem neuen Gläubiger die Stelle des Alten ausdrücklich einräumte. L. 3 D. quae res pignori (XX, 3); L. 12, §. 8 D. qui potior. in pignor. (XX, 4); L. 1 C. de his qui in prior. (VIII, 19).

38) Wo das Hypothekenbuch noch nicht vollständig eingerichtet ist, darf die mit dem Gelde eines Dritten bezahlte Forderung noch nicht als getilgt in den Grundakten angezeigt sein. Pr. 561 b, vom 13. Oktober 1838.

39) Fälle des Eintritts sind: A. G. O. I, 50, §. 282 u. I, 51, §. 89, Nr. 4.

β) Grundsätze des formellen Konkurses (Konkursprozesses).

§. 503.

1. Begriff.

Der Konkursprozeß ist das gemeinschaftliche Verfahren sämmtlicher Gläubiger eines insolventen Schuldners, wodurch sie, mittelst Beschlagnahme und Veräußerung des gesammten Vermögens desselben, ihre Befriedigung zu erhalten suchen [1]). Das charakteristische Merkmal des wahren Kokursprozesses besteht darin, daß das gesammte Vermögen des Schuldners in Masse, als Ganzes, nicht bloß Einzelnes als solches, wenn auch nur ein Gegenstand thatsächlich das ganze Vermögen ausmachte, in Beschlag genommen wird, und daß alle Gläubiger zur Theilnahme daran zusammenberufen werden: der Konkursprozeß ist ein judicium universale vor dem persönlichen Richter des Kridarius, alle Gläubiger konkurriren und die Exekution wird in das ganze Vermögen vollstreckt [2]). Die Regeln, nach welchen dabei zu verfahren, gehören in den Prozeß [2a]).

§. 504.

2. Entstehung und Anfang des Konkursprozesses.

I. Bedingungen der Möglichkeit eines Konkursprozesses sind: 1. Insolvenz und Anbringung mehrerer Gläubiger gegen den Gemeinschuldner (cridarius, debitor communis) [3]). Dieser kann ein Lebender, oder ein Verstorbener sein. Hat der Erbe eines insolvent Verstorbenen die Erbschaft unbedingt angetreten, so muß

---

1) A. G. O. §. 1 d. T. — Im Deutschen kommen dafür noch die Ausdrücke: Gantprozeß, von ganten, verganten (verkaufen), und Konturbationsprozeß, vor. Die lateinische Benennung: processus cridae, ist hergenommen von der Ediktalladung, welche im Latein des Mittelalters crida (proclamatio publica) heißt. Du Fresne Glossarium, voce Crida.

2) A. G. O. a. a. O. §§. 19—25. — Anh. z. Cod. Frid. March. S. 240.

2a) M. Preuß. Civilprozeß-Recht, Th. I, (Berlin 1848) §. 452 ff.

3) §. 2 a. a. O. — Die Bezeichnung „Concursifex" ist nicht bloß kein hergebrachter technischer, sondern überhaupt kein passender Ausdruck in der ernsten Rede und edlen Schreibart. Nur in scherzendem oder Verachtung ausdrückendem Vortrage kann das Wort gebraucht werden, wie die deutschen Worte: „Konkursmacher, Schuldenmacher." Die römisch-technische ist debitor aere alieno obaeratus.

der Konkurs auf den Namen des Erben ausbrechen; ist die Erbschaft sub beneficio angenommen, so kann der Erbe den Konkurs von seinem Namen dadurch abwenden, daß er die Erbschaft zur Befriedigung der Gläubiger gehörig verwendet. Nach Just. R. war er befugt, die Gläubiger aus dem Nachlasse in der Ordnung, wie sie sich meldeten, zu bezahlen; wer zu spät kam, fiel aus, wenn er nicht vermöge eines ihm zustehenden Vorrechts die schon bezahlten Gläubiger in Anspruch nehmen konnte[4]). Die Gemeine Praxis gestattete eine Ediktalcitation der unbekannten Gläubiger[4a]). Im Pr. R. ist ein geregeltes Liquidationsverfahren (der erbschaftliche Liquidationsprozeß) an die Stelle getreten, welches hinsichtlich der ausgebliebenen Gläubiger eine ähnliche Wirkung hat, nur daß sie sich wegen der mit dem Verfahren verbundenen Präklusion nicht mehr an die befriedigten Gläubiger halten können, wenngleich sie bessere Rechte hatten[5]). — Der Gemeinschuldner kann ferner eine physische oder eine juristische Person sein[6]). Besteht die juristische Person aus physischen Personen, so kommt das Vermögen der Einzelnen natürlich nicht zur Masse. Anders ist es nach R. R. mit den Handlungssozietäten, weil deren einzelne Mitglieder persönlich haften; nach deutschen Ansichten ist jedoch der Satz modifizirt. 2. **Vermögensfähigkeit.** Die R. Rechtsfrage: in wiefern gegen Kinder in väterlicher Gewalt ein Konkursverfahren zulässig, hat im Pr. R. keine Wichtigkeit, da die Kinder eigenes Vermögen haben können. Für bürgerlich todt und deshalb für vermögensunfähig gelten nur noch Mönche und Ordensleute[7]); diese können also, abgesehen von ihrer Verlassenschaft, nicht Kridarius sein. Ein ganz positives Verbot ist, über das Vermögen eines aktiven Offi-

---

4) L. 22, §. 4—9 C. de jure deliberandi (VI, 30).

4a) Mynsinger, Obs. Cent. II, 47. — Gail, Pract. obs. I, obs. 51, no. 7.

5) A. G. O. I, 51, §§. 53 flg. — Von diesem Standpunkte gewinnt man die Ansicht, daß der erbschaftliche Liquidationsprozeß, sowohl nach der allerersten Anlage als nach der jetzigen Form, eine Art von Konkurs über die unzulängliche Verlassenschaft eines Verstorbenen ist, der zwar einen Erben hat, welcher jedoch die Erbschaft nicht mit seinem Vermögen vermischen und zu der Cride nicht seinen Namen hergeben will: es ist ein Konkursverfahren, welches auf den Antrag des Stellvertreters des verstorbenen Schuldners eröffnet wird. Einen innern Grund giebt es nicht, welcher hinderte, diesem Verfahren die Wirkungen eines eigentlichen Konkurses beizulegen, zumal wenn man zu dem Grundsatze der gemeinen Praxis, daß auch auf Antrag des Gemeinschuldners der Konkursprozeß eröffnet werden kann, zurückkehren wollte. Doch sind diese Wirkungen ausgeschlossen. Entsch. des Ober-Trib. X, S. 473.

6) L. 7, §. 1 D. quod. cujuscunque universitat. (III, 4).

7) A. L. R. II, 11, §§. 1199 flg. — S. o. §. 43, Bd. I, S. 146.

ziers Konkurs zu eröffnen, wenn er nicht mehr als sein Dienst-einkommen hat [8]). II. Die Eröffnung des Konkurses geschahe nach der Gem. Praxis auf eine zwiefache Art: durch Erklärung des Schuldners, und durch Verfügung des Richters. Die erstere Art ist die älteste, sie hat sich aus der Röm. cessio bonorum gebildet, welche darin enthalten ist [9]). Nach Pr. R. ist nur die zweite Art zulässig. Die Eröffnung geschieht entweder durch ein bloßes Dekret, oder durch ein förmliches Urtel. 1. Die Eröffnung durch Dekret setzt die Insuffizienz als klar und gerichtskundig (notorisch) voraus, so daß sie keiner weitern Erörterung bedarf. Solches wird angenommen: a) wenn der Schuldner selbst sein Unvermögen erklärt, welche Erklärung in der Provokation auf Zulassung zur cessio bonorum liegt, wenn sie darin auch nicht wörtlich ausgesprochen ist, oder wenn selbst nach dem übergebenen statu bonorum eine scheinbare Suffizienz sein sollte, weil die auf Sachkenntniß vom Ganzen beruhende Angabe des Schuldners einen bessern Beweis giebt als die nach ungefährer Schätzung und nach früheren Erwerbspreisen ausgedrückten Summen [10]); b) wenn der Erbe des Gemeinschuldners der nicht offenbar suffizienten Erbschaft entsagt, ohne daß die Entsagung ausdrücklich zu Gunsten des auf ihn folgenden Erben geschieht [11]); c) wenn die Erben eines Verstorbenen ihrem Namen oder Aufenthalte nach unbekannt sind, und auch aus dem, von dem Verlassenschafts-Kurator aufgenommenen, Inventarium die Insuffizienz des Nachlasses klar hervorgeht [12]); d) wenn der Gemeinschuldner sich entfernt hat, ohne Jemanden mit Vollmacht und Information zur Besorgung seiner Angelegenheiten zurückzulassen, und bei einer Exekution sich ergiebt, daß das vorgefundene Vermögen zur Befriedigung des gerade andringenden

---

8) K. O. vom 25. Oktbr. 1825 (Jahrb. Bd. XXV, S. 261 und XXVI, S. 393).

9) Der Schuldner reichte bei seinem persönlichen Richter eine Denkschrift ein, worin er seine Insolvenz erklärte, um Konkurseröffnung bat und seinen Gläubigern das Vermögen abtrat. Auf solche Erklärung konnte der Richter ohne Weiteres den Konkursprozeß eröffnen; nur wenn die Gläubiger die Insolvenz bestritten und die Sufficienz bewiesen, konnten sie die gewöhnliche Exekution suchen. Die cessio bonorum konnte aber auch ohne diese Art der Konkurseröffnung stattfinden.

10) A. G. O. I, 50, §§. 3 u. 4, Nr. 1; I, 48, §. 15; Anh. §. 314.

11) Ebend. I, 50, §. 4, Nr. 2; Anh. §. 312; A. L. R. I, 9, §. 410.

12) A. G. O. §. 4, Nr. 3 a. a. O. — A. L. R. I, 9, §. 465 flg.; I, 12, §. 363.

Gläubigers nicht zureicht[13]). Wird auf Antrag eines Einzelnen Exekution vollstreckt, und der Schuldner entweicht zu dieser Zeit, ohne daß in seiner Wohnung hinlängliche Exekutionsgegenstände gefunden werden: so geht daraus die Insuffienz noch nicht klar hervor[14]). 2. Durch Urtel wird der Konkurs eröffnet, wenn keiner der genannten vier Fälle vorhanden ist, und also erst eine Erörterung erfolgen muß[15]). III. Der Zeitpunkt des Anfangs des Konkursprozesses ist die Mittagsstunde desjenigen Tages, an welchem das Eröffnungsdekret, oder das Urtel, den Interessenten an gewöhnlicher Gerichtsstelle publizirt worden ist[16]).

§. 505.

3. Abwendung des Konkurses.

Der Ausbruch des formellen Konkurses kann abgewendet werden: 1. durch Genügeleistung und zwar: a) durch Zahlung oder Angabe an Zahlungsstatt; b) durch Nachweis der Zahlungsfähigkeit, in welchem Falle gewöhnliche Exekution vollstreckt wird, wenn kein Moratorium erlangt werden kann; c) durch Interzession dritter Personen, welche für den Schuldner zahlen, oder mit Zustimmung der Gläubiger bürgen[17]). 2. Durch Beschränkung der Gläubiger. Solche geschieht: a) durch einen Nachlaß-Vertrag (pactum remissorium, Akkord). Die singulaire Bestimmung des R. R., daß in dem besondern Falle, wo der Erbe eines insolvent verstorbenen Schuldners die Erbschaft annehmen wollte, wenn die Gläubiger von den Forderungen Etwas nachließen, die Minderzahl sich dem Beschlusse der Mehrheit unterwerfen sollte[18]), ist von der Praxis

---

13) A. G. O. a. a. O. §. 4, Nr. 4. Dieses ist der in der gem. Praxis angenommene Fall der Flucht, wo die Konkurseröffnung schon durch den allgemeinen Grundsatz des alsdann zulässigen Arrestschlages auf das ganze Vermögen begründet war. Reichspol. Ordn. von 1577, Tit. 23, §§. 2 u. 3.

14) A. G. O. a. a. O. §. 12. — Der Antrag auf Konkurseröffnung muß in diesem Falle erörtert werden, §. 13 das.

15) §. 11 das. — Diese Stelle redet zwar in der Mehrzahl, es kann aber auch ein Einzelner auf Konkurseröffnung antragen, §. 4, folglich muß ihm auch der Nachweis der Erforderniße zustehen. Auch angenommen von dem Ober-Trib. Pr. 962, v. 24. Juli 1840.

16) §. 22 das. — Nach G. R. ist darüber Meinungsverschiedenheit.

17) A. L. R. I, 16, §. 49. — L. 23, 40, 53 D. de solut. (XLVI, 3).

18) L. 7, §. 17; L. 8—10 pr. D. de pact. (II, 14); L. 54, §. 1 D. de manumissis testamento (XL, 4); L. 23 D. quae in fraud. cred. (XLII, 8); L. 58, §. 1 D. mandati (XVII, 1).

auch auf den noch lebenden Schuldner ausgedehnt[19]). Die ältere Pr. Gesetzgebung hatte diesen Gebrauch bestätigt[20]); das neuere Recht jedoch hat den Rechtssatz, daß Niemand in seinem Rechte durch Uebereinkunft unter dritten Personen beeinträchtigt werden kann, ausdrücklich wiederhergestellt[21]). 3. Durch Stundung, d. i. Nachlaß in Rücksicht der Zeit; 4. durch ein Moratorium, welches dadurch ein entferntes Mittel zur Abwendung des Konkurses wird, daß es die Vergrößerung der Schuldenlast durch kostspielige Herbeischaffung der Mittel zur Befriedigung der andringenden Gläubiger verhindert.

4. Wirkungen des Konkurses.

a) Für den Schuldner.

§. 506.

aa) In Rücksicht seiner Person.

Nach R. R. trat regelmäßig persönliche Haft des Schuldners bei Nichtbefriedigung der Gläubiger ein, wenn er nicht zur cessio bonorum verstattet wurde; vielleicht fanden auch noch andere öffentliche Strafen statt, nur soviel ist bekannt, daß nach Justin. R. wegen Schulden Niemand mehr Sklave wurde, der Debitor konnte dem Gläubiger nur addicirt werden; man weiß auch nicht, ob das Schuldgefängniß ein öffentliches oder ein Privatgefängniß war. In Bezug auf die Ehre war Infamie Folge des Konkurses, wenn nicht cessio bonorum stattgefunden hatte (§. 487). Nach G. R. ist persönliche Haft nur wegen befürchteter Flucht[1]) und wegen strafbaren Bankeruts zulässig; eine infamia juris wird nur als Folge eines Strafurtels gegen den Bankeroteur angenommen. Aehnliche Grundsätze hat das Pr. R. Den Gläubigern steht frei, sich an die Person des nicht zur cessio bonorum verstatteten Gemeinschuldners zu halten und ihn zum Personalarrest bringen zu

---

19) Happel, Anleitung zum Verfahren, Konkursprozesse abzuwenden (Giessen 1799), §. 138 flg., u. A.

20) Reskr. vom 3. Dezbr. 1786 (N. C. C. de 1786, Nr. 67).

21) A. G. O. I, 49, §. 5. Nur solche Beschlüsse, welche die Abkürzung des Konkurses bezwecken, und die Kosten verringern, können, unter Mitwirkung des Richters, von der Mehrheit der Gläubiger gefaßt und ausgeführt werden. §. 6 a. a. O., u. I, 50, §. 595 u. flg.

1) Der Gemeinschuldner war verpflichtet, sich am Orte des Konkurses aufzuhalten. Reichspol. Ordn. von 1577, Tit. 23, §§. 1, 2. — Reichst. Schluß von 1668.

lassen, wenn er nicht für seine Person Kaution durch annehmliche Bürgen stellen kann [2]). Bei der Konkurseröffnung muß von Amtswegen geprüft werden: ob Gründe zur Eröffnung einer Untersuchung wegen Bankeruts vorhanden sind [3]). Der betrügliche Bankerutirer verliert mit der Zuchthausstrafe seine bürgerliche Ehre [4]). Wenn aber auch keine förmliche Verurtheilung erfolgt, so hat doch jeder Konkurs einen Makel an der bürgerlichen Ehre und Ausschließung von öffentlichen Aemtern und Würden zur Folge (§. 54, Bd. I, S. 164). Endlich ist die Folge des Konkurses noch die, daß der Gemeinschuldner rechtlich für arm gilt [5]).

§. 507.

bb) In Rücksicht seines Vermögens.

I. Die Fähigkeit, über sein Vermögen zu verfügen, wird dem Gemeinschuldner entzogen und auf die Gläubiger übertragen. Nach dem R. R. gab die Uebertragung (missio in possessionem) den Gläubigern keine juristische, sondern nur thatsächliche Sicherheit: die custodia, wodurch sie den Schuldner von der Disposition faktisch ausschlossen, rechtlich war derselbe in der Verfügungsfähigkeit nicht gehindert [6]). Auch das pignus praetorium, welches die Gläubiger dadurch erhielten, schützte sie gegen nachtheilige Disposition des Schuldners keineswegs, weil dasselbe nach älterem R. nicht dinglich war. Erst Justinian hat es zu einem dinglichen Rechte gemacht [7]), und seitdem hindert es den Schuldner allerdings an der Verfügung. Bei der cessio bonorum blieb der Schuldner gleichfalls Eigenthümer, und die Gläubiger erhielten wieder nur die Befugniß, sich aus dem hingelassenen Vermögen bezahlt zu machen. Gegen die hiernach möglichen Beschädigungen der Gläubiger durch nachtheilige Verfügungen des Schuldners schützte der Prätor durch zwei ihnen gegebene Rechtsmittel: die actio Pauliana in factum und das interdictum fraudatorium

---

2) A. G. O. I, 48, §. 28.

3) Anh. z. A. G. O. §. 313 (zu I, 50, §. 4). Jetzt werden die Akten dem Staatsanwalt vorgelegt.

4) Strafgesetzbuch §. 235 und 12.

5) A. G. O. I, 48, §. 30.

6) L. 6, §. 7, L. 10, §. 16 D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8).

7) L. 2 C. de praetorio pignore (VIII, 22).

(s. u. §. 589), deren Verhältniß zu einander unbekannt ist. Durch dieselben konnten die den Gläubigern nachtheiligen Folgen der Disposition revocirt werden [8]), sie sind also remedia restitutoria, welchen Charakter sie durch die später entstandene dingliche Natur des prätorischen Pfandrechts nicht verloren haben. Denn durch dieses Pfandrecht ist dem Schuldner die Disposition rechtlich nicht durchaus genommen, da er immer Eigenthümer bleibt; daher sind die von ihm getroffenen Verfügungen an sich nicht null und nichtig, vielmehr können die Gläubiger nur ihr Pfandrecht verfolgen. Demnach ist jetzt die actio **Pauliana** in factum noch immer ein vortheilhafteres und bequemeres Rechtsmittel, insofern damit die durch die Handlungen des Gemeinschuldners bewirkten Rechtsveränderungen in allen Beziehungen wieder vernichtet werden können (§. 586). II. Diese Grundsätze finden sich im Pr. R., wie folgt, bestätigt: 1. Durch die Konkurseröffnung erlangen die Gläubiger, zusammengenommen, ein allgemeines Pfandrecht auf den ganzen Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner zu der Zeit besitzt. 2. Der Schuldner verliert von diesem Tage an alle Befugniß, über sein gegenwärtiges Vermögen ferner zu verfügen. 3. Alle und jede Verfügungen, deren sich der Gemeinschuldner, nach eröffnetem Konkurse, über sein in Beschlag genommenes Vermögen anmaßt, sind gänzlich null und ohne rechtliche Wirkung [9]). 4. Die vor Eröffnung des förmlichen Konkurses, jedoch schon nach eingetretener Unzulänglichkeit des Vermögens, zum Nachtheile der Gläubiger vorgefallenen betrüglichen oder freigebigen Dispositionen des Schuldners sind widerruflich [10]). Das Rechtsmittel steht in manchen Fällen dem Kurator der Masse als Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger, in andern Fällen wieder nur jedem einzelnen Gläubiger, welcher aus der Masse nicht völlig befriedigt wird, zu (§. 589, II).

---

8) **L. 1 pr., L. 10 pr. D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8).**

9) A. G. O. I, 50, §§. 33–35.

10) Ebend. §§. 42, 59. — **L. 38, §. 4 D. de usuris (XXII, 1); L. 67, §. 1 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).**

b) Für die Gläubiger.

§. 508.

aa) Im Allgemeinen.

Durch die Konkurseröffnung entsteht eine Gemeinschaft sämmtlicher Konkursgläubiger bezüglich auf die in Beschlag genommene Vermögensmasse, und die Gläubiger treten in ein dreifaches Verhältniß: 1. in das Verhältniß der Gemeinschafter in Beziehung auf die Verwaltung, Veräußerung und Vertheilung des Vermögens; 2. in das der Liquidanten, als welche sie ihre Forderungsrechte gegen den Gemeinschuldner geltend machen; 3. in das der Konkurrenten, als welche sie gegenseitig ihre Vorzugsrechte auszuüben suchen.

bb) Verhältniß der Gläubiger als Inhaber der Masse.

§. 509.

a) Aeußere Verhältnisse.

I. Die Gläubigerschaft ist kein Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners [1]), sondern nur Pfandinhaber im weitesten Sinne, in welcher Eigenschaft sie den Gegenstand ihres Pfandrechts verwalten, veräußern und zu ihrer Befriedigung unter sich vertheilen; sie stellen sonach bei der Veräußerung nur die Person des Eigenthümers, ihres Schuldners vor. Daraus folgen die wichtigen Regeln: 1. Die Stellvertretung des Schuldners bezieht sich nur auf die s. g. Aktiv-Legitimation bei der Ausübung seiner in der Masse enthaltenen Befugnisse und Rechte; 2. diese Befugnisse und Klagerechte können nur in derselben Beschaffenheit und Beschränkung ausgeübt werden, in welcher der Schuldner selbst sie würde haben ausüben können, daher die Gläubiger die das Recht modifizirenden oder beschränkenden Einreden gelten lassen müssen; 3. Verbindlichkeiten, womit nur die Person des Gemeinschuldners, ohne Beziehung auf sein Vermögen, behaftet ist, werden in keinem Falle beachtet [2]). II. Anwendungen dieser Regeln: 1. Alle schon

---

1) Manche haben die Gläubiger für Universal-, Andere haben sie für Singular-Successoren gehalten. Beide Voraussetzungen führen zu ganz unrichtigen Ergebnissen.

2) A. G. O. §§. 33, 61, 1, 63, 267. — L. 5, L. 2, §§. 1, 2 D. de curatore bonis dando (XLII, 7). — L. 14 pr. D. de bonis auct. jud. poss. (XLII, 5).

vor der Konkurseröffnung erworbenen Sachen und Rechte gehören zur Masse [3]). Daher können auch solche Hypothekenforderungen, welche der Gemeinschuldner bis zur Eröffnung des Konkurses durch Bezahlung oder auf sonstige Weise erworben hat und nicht löschen lassen, bei der Kaufgelderbelegung für die Gemeinmasse liquidirt werden [3a]). 2. Der Schuldner bleibt Eigenthümer; die Gläubiger haben die Gewahrsam und das Nutzungsrecht, daher sie Miethen und Pachtungen als Verwalter kontrahiren, ohne daraus ihre Person zu verpflichten [4]), und eben so veräußern sie Namens des Schuldners und leisten, nur soweit das dafür Empfangene reicht, Gewähr [5]). Beschränkungen des Gemeinschuldners zum Besten gewisser Gläubiger binden die Gläubiger nicht [6]), weil sie deren Befugnisse in sich haben; Beschränkungen zum Vortheil von Personen aber, die nicht zu den Konkursgläubigern gehören, sondern Realberechtigte sind, wie z. E. Lehns- und Fideikommiß-Interessenten, bleiben wirksam, daher die damit behafteten Güter nur, so lange das Recht des Gemeinschuldners dauert, genutzt werden können [7]). 3. Bei Forderungen repräsentiren die Gläubiger den Gemeinschuldner dergestalt, daß sie die Schuldner durch Annahme der Zahlung liberiren [8]); bei Schulden vertritt ihn der Kontradiktor. 4. Bei Klagerechten aus Rechtsgeschäften, welche der Gemeinschuldner geschlossen hat, müssen die Gläubiger ihn auch passiv vertreten, mithin die aktiven Prozesse in der Lage übernehmen, in welcher sie sich zur Zeit der Konkurseröffnung be-

---

3) A. G. O. §§. 33, 41. — S. o. §. 507, Nr. II.

3a) S. Recht der Ford. Bd. III, S. 1015. Der Satz ist auch von dem Ober-Trib. durch Pl.-Beschluß vom 9. Januar 1846 (Pr. 1665) als richtig angenommen worden. (Entsch. Bd. XII, S. 59 ff.)

4) Ebend. §§. 33, 34, 63, 194, 242 flg. — L. 8, §§. 1—3 D. de bonis auct. jud. (XLII, 5). — L. 6, 8 C. eod. (VII, 72). — L. 4 C. qui bonis cedere (VII, 71). — L. 3, §. 23 D. de acquir. poss. (XLII, 1). Auch die Briefschaften und Urkunden dürfen sie benutzen, §§. 196, 199, 206 a. a. O., worin sie das R. R. beschränkte. L. 15 pr. §. 1 D. de bonis auct. jud. (XLII, 5).

5) §§. 260 flg. d. T. und I, 52, §. 12 a. E. verb. mit A. L. R. I, 11, §. 344. Die Frage: wer Gewähr zu leisten habe, war streitig. Nach R. R. hatten die Gläubiger für nichts einzustehen. L. 10 D. de distract. pignor. (XX, 5); L. 38, L. 74, §. 1 D. de evict. (XXI, 2); L. 13 C. eod. (VIII, 45).

6) A. G. O. §§. 206, 250 a. a. O. — Anh. §. 350. — L. 3, §. 1 D. de rebus eor. qui sub. tutela (XXVII, 9).

7) Ebend. §§. 249, 330 flg. — L. 69, §. 1 D. de leg. II (XXXI).

8) A. G. O. §§. 204 u. f., 233 und 240 a. a. O.

finden[9]), und auch Kompensationen gestatten[10]). Das Retentionsrecht, welches als exceptio doli allerdings statthaft sein müßte (§. 207 a. E., Bd. I, S. 397), soll zwar durch die Konkurseröffnung erlöschen[11]), der Satz ist jedoch unrichtig und deshalb auch durch positive Modifikationen und Ausnahmen unwirksam gemacht worden. Darnach haben das Retentionsrecht: a) der redliche Vindikationsbeklagte bis zur Erstattung seiner Verwendungen[12]); b) der Pächter wegen seiner Entschädigungs- und Meliorations-Forderungen[13]); c) der Bevollmächtigte an den für den Gemeinschuldner erworbenen Sachen, wegen seiner deswegen gehabten Auslagen[14]); d) der Werkmeister an dem, auf Bestellung des Gemeinschuldners aus dessen Materialien verfertigten Werke, wegen Auslagen und Arbeitslohns[15]). 5. Als Beklagte ist die Gläubigerschaft nur bei der Aussonderung fremder Bestandtheile und bei der Auseinandersetzung mit Separatisten, ingleichen bei Ansprüchen aus Rechtsverhältnissen, welche durch sie selbst, erst nach der Konkurseröffnung, begründet worden sind, aufzutreten befugt und verpflichtet (§. 492). 6. In die Verträge des Gemeinschuldners einzutreten sind die Gläubiger befugt, aber nicht verpflichtet. Treten sie ein, so müssen sie für die noch rückständige Gegenleistung aufkommen[15a]), und der Gegner kann sich gegen ihre Ansprüche ohne Gegenleistung mit der exceptio doli vel nondum impleti contractus schützen. Treten sie nicht ein, so müssen sie die bereits geschehene Vorleistung des andern Theils, soweit sie noch vorhanden, zurückgeben, denn die Sache wird dann so angesehen, als wenn die Erfüllung durch einen in der Person des Schuldners eingetretenen Zufall unmöglich geworden wäre,

---

9) Ebend. §§. 233—237. — L. 2, §§. 1, 2 D. de curatore bonis (XLII, 7); L. 14 pr. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).

10) §§ 156, 157 a. a. O. — A. L. R. I, 16, §§. 317—327. Diese beschränkenden Vorschriften sind auf den erbschaftlichen Liquidationsprozeß nicht anzuwenden. Dieser hindert in keinem Falle die Kompensation. Pl. Beschl. (Pr. 1673) des Ober-Trib. v. 23. Jan. 1846 (Entsch. Bd. XII, S. 49). — Recht der Ford. §. 164, Nr. 6, lit. d, Bd. II, S. 647.

11) A. L. R. I, 20, §. 566. Die Praktiker stritten darüber.

12) I, 15, §§. 26 flg.; I, 20, §. 537. — A. G. O. §. 56 a. a. O.

13) A. G. O. §. 258 das. S. oben §. 492, Note 12.

14) A. L. R. I, 13, §. 83. Simon, Rechtsspr. Bd. I, Nr. 56.

15) A. L. R. I, 11, §. 974.

15a) Ein Beispiel in den Entsch. des Ober-Trib. Bd. VIII, Nr. 29. S. oben §. 492, Note 12.

wo Alles, soviel möglich, wieder in den vorigen Zustand gebracht werden muß[16]). Eine Ausnahme von dieser Befugniß, anstatt des Gläubigers einzutreten, macht der Gesellschaftskontrakt[17]), das pactum de mutuo dando[18]), und Miethe und Pacht, wenn der Gemeinschuldner Miether oder Pächter war[18a]), doch nicht, wenn die Gläubiger an die Stelle des Verpächters treten[19]). Die voraus geschehene Veräußerung von Nutzungen, z. B. Cession von künftig fällig werdenden Pachtgeldern, müssen die Gläubiger, wenn die Voraussetzungen der actio Pauliana fehlen, zwar gelten lassen, doch sind sie nicht schuldig, den Pachtkontrakt länger, als sonst nöthig ist (19), fortzusetzen; wenn der Cessionar dabei verliert, so ist er ein gewöhnlicher Konkursgläubiger. III. In allen diesen Verhältnissen und Beziehungen wird die Gläubigerschaft durch den Kurator (§. 510) vertreten[19a]), doch darf jeder Gläubiger, wegen seines eigenen Interesses, dabei auf seine Kosten interveniren.

§. 510.

b) Innere Verhältnisse.

Zwischen den Gläubigern gelten im Allgemeinen die Regeln von der zufälligen Gemeinschaft. I. Die Geschäfte müssen nach gemeinschaftlichen Beschlüssen betrieben werden. Die laufenden Verwaltungsgeschäfte werden von dem dazu nach ihrer Wahl bestellten Kurator unter Aufsicht des Richters besorgt (§. 508, VII); außergewöhnliche und wichtige Maßregeln hingegen müssen von den Gläubigern selbst, nach der Mehrheit, die nach dem Betrage der Forderungen mit Rücksicht auf die Vorrechte ermessen wird, beschlossen werden; bei eintretender Gleichheit entscheidet der Richter[20]). Die R. Rechtsregeln von der Verantwortlichkeit der Gläubiger aus der Verwaltung sind im Pr. R. unpraktisch, weil

---

16) A. G. O. §§. 39, 40 a. a. O. — S. o. §. 466, Nr. II.

17) §. 291 a. a. O. — A. L. R. II, 8, §. 667. — L. 65, §. 1 D. pro socio (XVII, 2).

18) A. L. R. I, 11, §. 656.

18a) A. G. O. I, 50, §§. 61—63.

19) I, 21, §. 357, 386 und A. G. O. §§. 252 ff. Nach G. R. wird darüber gestritten.

19a) S. u. §. 808, VII. Ueber die Legitimation des Kurators entstehen in vielen Fällen Zweifel. Den leitenden Grundsatz s. u. §. 808 a. E.

20) A. G. O. §§. 63, 77—84. — L. 8, §. 4, L. 15 pr. D. de bonis auct. jud. (XLII, 5); L. 2 pr. D. de curatore bonis (XLII, 7).

selten der Fall vorkommt, wo nach der Konkurseröffnung nicht bald der Verkauf eintritt, und weil, nach der heutigen Praxis, die Gläubiger nicht unmittelbar administriren. Der Einzelne hat dazu weder Recht noch Pflicht, außer insoweit er im Allgemeinen das Interesse wahrnehmen darf, wobei er für ein mäßiges Versehen haftet und Ersatz der redlich gemachten Auslagen fordern kann; geht er weiter, so haftet er gleich einem Fremden ohne Auftrag[21]). II. Kein einzelner Gläubiger darf bei dieser Gemeinschaft seinen Privatvortheil suchen, ein Jeder muß das etwa Erlangte zur gemeinschaftlichen Masse abliefern, und Keiner ist befugt, durch einseitige, gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen Etwas von der Masse an sich zu ziehen oder sich ein besseres Recht, als er mit in die Gemeinschaft gebracht hat, zu verschaffen[22]).

§. 511.

cc) Verhältniß der Gläubiger als Liquidanten.

I. In diesem Verhältnisse kommen die Gläubiger nur als einzelne Personen, ein Jeder für sich, in Betracht. Regel ist: ein Jeder, welcher aus der Konkursmasse Etwas verlangt, mit Ausnahme der Hypotheken- und Pfandgläubiger, muß seinen Anspruch im Konkurse geltend machen, sonst wird er präkludirt[1]). Die Verfolgung außer dem Konkurse ist nicht möglich, ausgenommen gegen Dritte, z. E. Bürgen und dritte Besitzer eines Pfandes; und in solchen Fällen, wo die Person des Schuldners angegriffen werden kann, wie wegen Wechselforderungen[2]). Auch die schon schwebenden Prozesse werden sistirt und in den Konkurs gezogen (Attraktion des Konkurses). Davon sind ausgenommen: 1. die-

---

21) A. L. R. I, 17, §. 59.

22) A. G. O. §. 60. — L. 6, §. 7, L. 10, §. 16 D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8). Dieser Grundsatz ist nicht entgegen, daß, wenn eine Konkursmasse die Umschreibung des Besitztitels eines von dem Kridar schon vor dem Konkurse erworbenen, aber noch nicht auf seinen Namen gebrachten Grundstücks nach der Eröffnung des Konkurses bewirken lassen will, sie nun auch schuldig ist, die ausbedungene Eintragung des kreditirten Kaufgeldes geschehen zu lassen. Pr. 1187, vom 10. September 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 468). Vergl. oben §. 492, I, B, 2, u. §. 509, II, 6.

1) A. G. O. §. 143. — K. O. v. 16. Mai 1825 (G. S. S. 150). — V. vom 28. Dezbr. 1840. — (v. Trützschler) die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. 8. Leipzig, 1802.

2) Anh. z. A. G. O. §. 319 (zu I, 50, §. 27).

jenigen Prozesse, welchen ein forum speciale causae angewiesen ist; doch muß die Forderung selbst zur Anweisung des Lokus in der Klassifikatoria angemeldet werden; 2. diejenigen Prozesse, welche zur Zeit der Konkurseröffnung gegen den Schuldner in den höhern Instanzen schweben. In diesen beiden Fällen vertritt der Kontradiktor den Gemeinschuldner. 3. Wechselprozesse; in diesen tritt der Gemeinschuldner selbst als Beklagter auf [3]). II. Kläger ist jeder einzelne Gläubiger; Beklagter ist eigentlich der Schuldner und zugleich die Gesammtheit der Gläubiger als accessorischer Intervenient. Der Schuldner kommt jedoch heut zu Tage als handelnde Person oder Partei nicht mehr vor, sondern seine Stelle wird durch den Kontradiktor (actor communis, curator litis) eingenommen, welcher von Amtswegen auf die Forderungen antwortet [4]). Dadurch ist aber die Intervention der übrigen Gläubiger nicht ausgeschlossen und das Zugeständniß des Kontradiktors bindet sie nicht, soweit sie ein Interesse dabei haben [5]). Die Folgen der Kontumaz bestehen hinsichtlich der Gläubiger in der Präklusion von der Masse, in Beziehung auf den Kontradiktor hingegen in Strafen bis zur Remotion, die Masse darf durch dessen Kontumaz nicht in Nachtheil kommen. Die Kosten des Liquidations-Verfahrens trägt, wie in jedem Prozesse, zunächst der Kläger (Liquidant) als Extrahent; wird die Liquidation durchgesetzt, so erfolgt die Erstattung an derjenigen Stelle, welche diesen Kosten angewiesen ist (§. 501, Nr. III). III. Jeder einzelne Gläubiger steht bei der Liquidation seiner Forderung für sich allein; die einzelnen

---

3) A. G. O. I, 50, §§. 27, 29. Anh. §§. 318, 319. — L. 54 D. de judiciis (V, 1); L. 12 pr. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).

4) A. G. O. §. 72. Erst durch Entziehung der juristischen Dispositionsfähigkeit des Schuldners trat das Bedürfniß eines Stellvertreters seiner Persönlichkeit im Konkurse ein. Daher kennen die Rechtsquellen, auch die des kanon. R., einen Kontradiktor nicht. Es ist zuverlässig unrichtig, daß, wie Einige vermuthen, bei den Römern dem Gütervertreter (curator bonorum) die Prüfung der Richtigkeit der Schulden und die Antwort auf die Forderungen obgelegen hätte. Wahrscheinlich ist, daß der bonorum emtor, so lange man noch das Vermögen im Ganzen verkaufte, als Universal-Sucessor des Schuldners belangt wurde, und nach der Verurtheilung die gebotenen Prozente bezahlte. Später, als unter Justinian das Konkursverfahren eine dem heutigen ähnliche Gestalt erhielt, scheint, in Abwesenheit des Kridars, der Magistratus ex officio die Richtigkeit der Forderungen untersucht zu haben. Die Sache ist unklar. L. 9 C. de bonis auct. (VII, 72) spricht vom Beweise vor dem Magistratus schon bei dem Vor-Justinian'schen Verfahren. Nov. 53, c. 4; Auth. et qui jurat C. de bonis auct. jud. — S. u. §. 808, Nr. VII.

5) A. G. O. a. a. O. §§. 126–128. — Pr. 569 (Pl.-Beschl.) des Ober-Trib. vom 12. November 1838.

Klagen müssen sämmtlich in dem Einen Prozesse angebracht und gleichzeitig entschieden werden. Die rechtliche Folge davon ist, daß jede besondere Verfahrungsart, die dem Gläubiger vielleicht vorhin zugestanden hätte, verloren geht. IV. Hinsichtlich der Beweislast gilt nichts Eigenthümliches, aber bezüglich auf die Beweismittel kommt einiges Besondere vor. 1. Geständniß. Geständniß ist ein nachtheiliges Zeugniß in eigener Sache. Darauf beruhet die Vermuthung für die Wahrheit desselben. Man unterscheidet ein gerichtliches und ein außergerichtliches Geständniß. Das gerichtliche Geständniß des Schuldners kann im Konkurse nicht vorkommen, weil derselbe nicht als Partei auftritt. Bei dem Zugeständnisse des Kontradiktors aber treten Gründe ein, die ihm die Zuverlässigkeit einiger Maßen entziehen. Diese sind, daß er nicht in seinem eigenen Vortheil handelt und daß er von der Sache nicht unmittelbare Wissenschaft hat. Darum können die übrigen Gläubiger, ohne Rücksicht auf das Zugeständniß des Kontradiktors, interveniren, und darum muß der Richter, auch ohne eine solche Intervention, auf das Interesse der übrigen Gläubiger und im Allgemeinen darauf sehen, daß der Kontradiktor seine Pflicht thue, d. h. die Richtigkeit der Forderungen gehörig prüfe, und sich Gründe der Ueberzeugung verschaffe [6]). Bei dem außergerichtlichen Geständnisse des Kridars ist zu unterscheiden. Ist es vor Ausbruch des Konkurses abgelegt, so dient es als Beweismittel zu seinem Nachtheil; zum Nachtheil der Gläubigerschaft aber kann es folgerecht so wenig wirken, wie das Geständniß eines Schuldners in einem Interventionsprozesse zwischen einem Dritten einerseits und den auf Exekution dringenden Gläubigern des Schuldners andererseits [6a]). Ist es nach der Konkurseröffnung gethan, so ist es unerheblich, weil der Gemeinschuldner nicht mehr Herr seines Rechts ist, vielmehr in die Reihe dritter Personen tritt. Seine Aussage kann, wenn er dazu aufgefordert wird, nur als Zeugniß in Betracht kommen, und muß beschworen werden [7]). 2. Der Eid kann weder dem Schuldner noch einem Gläubiger,

---

6) Ebend. §. 125, §. 63, Pass. „unter Direktion des Gerichts", §. 72; I 8, §. 14.

6a) S. m. Civil-Prozeßrecht, Th. I, §. 466, Nr. I, 2.

7) A. G. O. I, 10, §. 280. — R. vom 7. Dezbr. 1769 (N. C. C. 1769, No. 78). — Harprecht, de liquidatione in concursu per confessionem debitoris. Tüb. 1753.

sondern nur dem Kontradiktor zugeschoben werden[8]). Dieser ist berechtigt und verpflichtet, den Eid de ignorantia anzunehmen, oder, nach Gutbefinden, ohne dazu, wie der Vormund, der Genehmigung des Richters zu bedürfen, zurückzuschieben[9]).

§. 512.

dd) Verhältniß der Gläubiger als Konkurrenten.

Durch die Unzulänglichkeit des Vermögens des Gemeinschuldners entsteht unter den Gläubigern eine Kollision der Rechte. Wie das eine Recht von dem Andern beschränkt wird, soll nach gewissen Regeln bestimmt werden. Das dabei zum Grunde liegende Verhältniß der Gläubiger ist nicht ein solches, in welchem Alle gleiche Rechte haben, sondern in welchem Einer dem Andern nach der Eigenschaft der Personen oder der Forderungen, weichen muß. Darauf beruhet die Rangordnung (Priorität). Entsteht über die Rangordnung unter den Gläubigern Streit, so werden dabei als Kläger oder Appellanten die Nachgesetzten, und als Beklagte oder Appellaten die Vorgezogenen und Gleichgestellten angesehen. Der Kontradiktor kommt dabei nicht in Betracht, weil er es nur mit der Richtigkeit der Forderung zu thun hat, nicht mit der Priorität, wobei er nicht interessirt[10]), indem der Schuldner den Einen wie den Andern befriedigen muß, und der Vorzug gerade nur in der Konkurrenz mit dritten Personen wirksam ist. Eine eigentliche actio findet nicht statt, sondern es ist eine Prinzipal-Intervention. Haben Mehrere ein gleiches Interesse, so verbinden sie sich zu einem Litisconsortium[11]).

---

8) A. G. O. I, 10, §§. 280–282. — **Leyser, Med. sp. 491, m. 10.** Die Meinungen der gemeinrechtlichen Praktiker waren darüber in dem Falle, wo der Kontradiktor von der Sache keine Wissenschaft haben oder erlangen konnte, different.

9) A. G. O. a. a. O. §. 283. — Einer besondern Aufsicht bezüglich auf die Zurückschiebung bedarf es hier nicht, weil die Gläubiger selbst interveniren können, wo dann ihnen die ohne ihre Zustimmung geschehene Zurückschiebung nicht präjudizirlich ist.

10) A. G. O. a. a. O. §§. 177, 178.

11) Ebend. §§. 179, 185.

§. 513.

5. Ende des Konkurses.

I. Der ordentliche Grund der Beendigung ist die vollendete Durchführung des Verfahrens. II. Außerordentliche Gründe sind: 1. vollständige Befriedigung der Gläubiger; 2. Eintritt einer Vermögens-Suffizienz; 3. Zurücknahme des Antrags von Seiten derjenigen Gläubiger, welche denselben gemacht haben [12], vorausgesetzt, daß kein Fall vorliegt, wo der Richter ex officio verfahren muß; denn in diesem Falle muß zuvor die Präklusoria rechtskräftig werden und alle nicht präkludirte Gläubiger müssen in die Aufhebung willigen. 4. Ein pactum remissorium [13]).

Zweites Kapitel.

Von den in einer Obligation vorkommenden Personen.

§. 514.

Einleitung.

I. Sowohl zur Begründung als zur Fortdauer eines obligatorischen Verhältnisses gehören wesentlich zwei, sich gegenüber stehende Personen [1]): Gläubiger und Schuldner (Kreditor, Debitor). Die Fähigkeit, der Eine und der Andere zu sein, haben alle Staatsangehörige, insofern sie überhaupt alle rechtsfähig sind (§. 43, Bd. I, S. 146). II. Auf jeder Seite können auch mehrere Personen auftreten, und zwar entweder gleichzeitig, oder nach einander. Bei der Gleichzeitigkeit kann eine zwiefach verschiedene Betheiligung vorkommen: entweder so, daß ein Jeder Gläubiger oder Schuldner des Ganzen ist (Korreus), oder so, daß Jeder

---

12) Anh. z. A. G. O. §. 320. R. vom 13. Juni 1804 (R. A. III, 429).

13) A. G. O. §§. 603, 604. — Anh. §. 377. — R. vom 15. Febr. 1796 (Mathis I, 292).

1) Man kann niemals mit sich selbst oder mit einer Sache eine Obligation kontrahiren. Nutzanwendungen hiervon s. im Schl. Arch. Bd. IV, S. 238 flg., und Entscheid. des Obertrib. Bd. IV, S. 193, verb. mit meiner Recens. in m. Beurtheilung S. 246.

ausschließlich für sich einen bestimmten Theil hat. Welches von beiden Verhältnissen in einem gegebenen Falle stattfindet, ist eine Thatsachenfrage. Das R. R. hat die Auslegungsregel, daß, wenn nicht ausdrücklich die Solidarität ausbedungen ist, die Getheiltheit sich immer von selbst versteht [2]. Das A. L. R. hat die entgegengesetzte Regel [3]. Ein ungleichzeitiges Eintreten mehrerer Personen oder die willkührliche Uebertragung des Verhältnisses von dem einen oder dem andern Theil auf einen Dritten, mit der Wirkung, daß der Dritte ganz die Stelle des Ausgeschiedenen einnimmt, war nach R. R. in der Regel nicht zuläßig, weil die Rücksicht auf die Persönlichkeit, welche bei Eingehung eines obligatorischen Verhältnisses, zumal eines solchen, welches nicht durch einmalige Leistung wieder aufgelös't wird, einen besondern Einfluß auf die Willensbestimmung hat, nicht vereitelt werden durfte. Das A. L. R. hat auch in dieser Beziehung das Gegentheil zur Regel gemacht. Die Grundsätze über beiderlei Beziehungen bilden den Inhalt dieses Kapitels.

I. Von der gleichzeitigen Beziehung auf Mehrere.
(Korreal-Obligation).

A. L. R. I, 5, §§. 424—453; I, 6, §§. 29—35.

Rubo, Einiges über Korreal-Obligationen nach Preuß. Rechte; in den von Kamptz'schen Jahrbüchern, Bd. XX, S. 3 flg.

§. 515.

I. Begriff der Korrealobligation.

I. Die Korrealobligation ist wesentlich eine subjektiv-alternative Obligation, so daß von mehreren Gläubigern oder Schuldnern entweder der Eine oder der Andere die Erfüllung zu empfangen und beziehlich zu leisten berechtigt und verpflichtet ist. Für den Begriff der Korrealobligation ist es gleichgültig: ob die mehreren Berechtigten oder Verpflichteten unter sich in einem Verhältnisse stehen oder nicht. Die Vermengung dieses fremdartigen und zufälligen Umstandes mit dem ganz einfachen Wesen der

---

2) L. 11, §§. 1, 2 D. de duobus reis (XLV, 2). — Nov. 99.

3) I, 5, §§. 424, 450. — Aus einem Mißverständnisse, wie es scheint, indem man das vermeintliche R. R. wieder herstellen wollte. Suarez, amtl. Vorträge; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 6.

Korrealobligation hat dieses bequeme, zur Erleichterung des Verkehrs ungemein geeignete Institut zu einem Hemmniß verkehrt, und namentlich das aktive Korrealverhältniß des Pr. R. zu einem den Rechtsgebrauch und den Verkehr lähmenden Gewirre gemacht, über dessen Auflösung oftmals viele Kosten und Zeit vorher verwendet werden müssen, ehe die einzelnen Berechtigten zu dem freien Gebrauche ihres Rechts gelangen können, oder der Schuldner mit Sicherheit zahlen kann. II. Die Röm. Bezeichnungen des Verhältnisses sind nicht immer dieselben, der Ausdruck correus aber wird eben so von dem Korrealgläubiger wie von dem Korrealschuldner gebraucht [4]). Die Neueren nennen das Verhältniß Korrealobligation, obligatio correalis, die Personen correi credendi, beziehlich correi debendi, und die Forderung obligatio correalis activa, die Schuld hingegen obligatio correalis passiva. Im A. L. R. heißen die Korrealschuldner „gemeinschaftlich Verpflichtete", und die Korrealgläubiger „gemeinschaftlich Berechtigte," wenngleich solidarisch (in solidum, auf das Ganze) Verpflichtete und Berechtigte gemeint werden [5]); doch bedeutet der Ausdruck „gemeinschaftlich" nicht immer ein solidarisches, sondern bisweilen ein wirklich gemeinschaftliches Verhältniß [6]), d. h. ein solches, in welchem die Gemeinschafter alle zusammen pro rata berechtigt oder verpflichtet sind.

§. 516.

2. Entstehungsgründe.

Das Korrealverhältniß hat folgende Entstehungsgründe: I. Privatwillkühr, und zwar: 1. Vertrag [7]). Dabei ist Regel: wenn Mehrere zugleich sich in Einem Vertrage verpflichten und nicht ausdrücklich das Gegentheil verabreden, so wird eine Korrealverbindlichkeit angenommen [8]). Ausnahmen: a) wenn eine Frauens-

4) L. 1 D. de duobus reis (XLV, 2); L. 5 pr. D. de verb. obl, (XLV, 1); L. 6 pr. D. de verb. signif. (L. 16). — Cicero de oratore. Lib. II, c. 43 et 79.

5) I. 5, §§. 427, 446, 450. — I, 6, §. 30. — I, 13, §. 202, — I, 14, §. 59. — I, 16, §. 305. — I, 17, §§. 127, 131. — Wegen I, 12, §. 289, s. unt. Note 11.

6) I, 5, §. 450. — II, 18, §. 114. Auch in I, 17, §. 127 hat der Ausdruck diese Bedeutung, was jedoch bestritten worden ist. Und in II, 6, §. 12. Pr. des Otr. 2268, v. 13. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 328).

7) L. 9 pr. D. de duobus reis (XLV, 2). — Pr. J. eod. (III, 16, [17]).

8) I, 5, §§. 424, 425. Das Gegentheil gilt nach R. R., Note 2.

person Mitkontrahentin ist, so muß die Solidarität wörtlich ausgedrückt und die Form der Intercessionen (Bürgschaften) beobachtet werden, sonst ist die Frauensperson nur für ihren Theil, nach Verhältniß der auf sie fallenden Gegenleistung, verpflichtet [9]); b) auf das aktive Korrealverhältniß findet die Regel gar keine Anwendung, vielmehr muß ein solches alle Mal ausdrücklich verabredet sein, sonst tritt zwar nicht Getheiltheit, aber eine vollständige Gemeinschaft unter den Mitgläubigern ein [10]). 2. Letztwillige Verordnung. Auch hierbei gilt die Regel, daß solidarische Haftbarkeit angenommen wird, wenn der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt hat [11]). II. Eine Rechtsregel [12]). Der Fall, wo Mehrere eine untheilbare Sache, z. E. ein Thier, schuldig sind, gehört darum noch nicht zu den Korrealobligationen, vielmehr muß der Gläubiger Alle zusammen in Anspruch nehmen, sonst steht der Klage die exceptio plurium litis consortium entgegen [13]). Besondere Fälle sind: 1. Unerlaubte Beschädigung durch Mehrere. Nach R. R. haftet dafür ein Jeder in solidum [14]). Das Pr. R. hat hier eigenthümliche Vorschriften. Ist der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, oder können die einzelnen Theile nicht festgestellt werden: so haften Alle solidarisch; ist nur ein geringes Versehen vorgefallen und läßt sich der Antheil der Einzelnen unterscheiden: so haftet Jeder

---

9) Recht der Ford. §. 376, No. V, 3, Bd. III, S. 893. Auch von dem Obertrib. angenommen, nach dem (Pr. 1545.) Plenarbeschl. v. 28. Febr. 1845 (M. Bl. S. 92 und Entsch. Bd. XI, S. 33.)

10) I, 5 §. 450. Die Mitgläubiger müssen dann immer zusammen handeln oder sich zuvor auseinandersetzen; der einzelne Theilnehmer ist zur Verfolgung des gemeinschaftlichen Rechtes für sich nicht berechtigt. Pr. 1870, vom 18. Mai 1847. S. jedoch u. §. 517.

11) I, 12 §. 289. Eigentlich ist aber mit dem in dieser Stelle gebrauchten Ausdrucke: „gemeinschaftlich, die Erben haften gemeinschaftlich für die Legate", wol nur gemeint: die Legate haften gleichmäßig auf der gemeinschaftlichen Erbmasse, nicht auf dem Antheile eines Einzelnen. Der Rechtssatz folgt jedoch ohnedies aus dem landrechtlichen Grundsatze. S. u. §. 824, III, 2. Im R. R. gilt auch bei Testamenten das Gegentheil als Regel. L. 9 pr. D. de duob. reis (XLV, 2); L. 8 §. 1 D. de leg. I; L. 25 pr. de leg. III.

12) Beispiele: II, 18 §. 288; II, 10 §. 128; II, 8 §§. 541, 647 flg., 1525 flg., 1426.

13) A. G. O. I, 5 §. 4 Nr. 7 und 8. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 3 ff.

14) L. 14 §. 15, L. 15 D. quod metus causa (IV, 2); L. 15 §. 2 D. quod vi (XLIII, 24); L. 1 C. de cond. furt. (IV, 8). Eine Ausnahme davon macht die lex Aquilia wegen der beigemischten Strafe. L. 11 §. 2 D. ad leg. Aquil. (IX 2); L. 55 §. 1 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7).

nur für seinen Theil [15]). 2. Das richterliche Erkenntniß. Dieses begründet nicht so wie im R. R. [16]) ein neues Verhältniß; vielmehr wird, wenn die Verurtheilung gegen Mehrere ohne nähere Bestimmung ausgesprochen worden ist, auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß gesehen [17]), und wenn darüber Streit entsteht, muß ein neuer Prozeß über die Art der Haftung geführt werden. 3. Der Prozeß. Dieser ist ein Geschäft für sich, aus welchem eine Obligation, auf Erstattung von Schäden und Kosten, entspringen kann. Nach der landrechtlichen Regel müßte hier Solidarität eintreten, sonderbarer Weise ist es jedoch umgekehrt, indem Jeder prinzipaliter nur pro rata, und subsidiarisch für den Ausfall des Unvermögenden, Mehrere zunächst wieder nur pro rata haften [18]).

3. Wirkungen.

§. 517.

a) der aktiven Korrealobligation.

Eine aktive Korrealobligation kann, zufolge ihrer Wesenheit, von jedem einzelnen Korrealgläubiger so vollständig aufgelös't werden, wie von einem Alleingläubiger. Das Pr. R. jedoch kennt die aktive Korrealobligation nicht, sondern nimmt an, daß, wenn Jemand sich in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und eben derselben Leistung verpflichtet, weder ein Korrealverhältniß, noch eine getheilte Forderung, vielmehr ein gemeinschaftliches Miteigenthum, nach Art des Gesellschaftsrechts, entsteht, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes verabredet worden ist; doch gilt dabei nicht die sonst unter Gesellschaftern übliche Regel, daß Jeder für Alle, wie ein Faktor, einem Dritten gegenüber, zu handeln befugt sei, daher kein Einzelner die Obligation auflösen oder verändern kann [19]). Dieses bezieht sich auf das Verhältniß der Mitgläubiger zu dem Schuldner; das unter ihnen selbst bestehende Verhältniß wird nach

---

15) I, 6 §§. 29—35. — Depos.-Ordn. I §. 54. — V. v. 17. Aug. 1835, §. 11 (G. S. S. 170).

16) Regelrecht tritt auch hier keine Solidarität ein. L. 43 D. de re jud. (XLII, 1); L. 1 C. si plures una sent. (VII, 55).

17) A. G. O. I, 24 §. 13.

18) Ebend. I, 23 §. 29. — Schles. Arch. Bd. II, S. 559. — Diese Besonderheit, wozu ein hinreichender Grund fehlt, mag wol aus einer unachtsamen Redaktion der A. G. O. entstanden sein, indem dieselbe Bestimmung des Corp. jur. Frid., die mit dem G. R. harmonirte, unverändert geblieben ist, obgleich das materielle Recht sich geändert hatte, was man nicht bedacht hat, woraus mehrere Widersprüche entstanden sind. S. o. §. 486 Note 24, und unten Note 22.

19) I, 5, §§. 450, 451. S. Pr. 1870 (Note 25a).

den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthume beurtheilt[20]). Diese Theorie ist nicht bloß für den Verkehr überhaupt sehr unbequem, sondern in vielen Fällen ganz unanwendbar[21]), weshalb in der Praxis von dem Grundsatze des ältern Rechts, welcher in der neu aufgelegten Gerichtsordnung, muthmaßlich ohne Vorbedacht und Vergleichung mit dem neuen materiellen Recht, unverändert gelassen ist (Note 18), und wonach von den Theilhabern an einer theilbaren Forderung Jeder für sich seinen Theil einklagen kann[22]), Anwendung gemacht wird[23]). Das geltende Recht ist darnach in diese Sätze zu fassen: 1. Wenn Mehrere Gläubiger Eines Schuldners wegen einer theilbaren Leistung geworden sind, so kann Jeder seinen nach der Personenzahl zu bestimmenden Theil für sich einfordern[24]); soll eine Korrealobligation, nach dem oben angegebenen Begriffe, begründet werden: so muß solches ausdrücklich geschehen. 2. Bei einer untheilbaren Sache, welche nur einmal zu leisten ist, müssen außer dem Falle einer wirklichen Korrealobligation alle Mitgläubiger zusammen auftreten[25]), und ist daher, so lange die Gemeinschaft besteht, sofern der Vertrag selbst nicht etwa eine exceptionelle Bestimmung darüber enthält, der einzelne Theilnehmer zur Verfolgung des gemeinschaftlichen Rechts für sich nicht berechtigt[25a]). 3. Miteigenthümer eines Inbegriffs von Sachen und Rechten, z. E. Miterben, können die zum Ganzen gehörigen Forderungen nur gemeinschaftlich einziehen[26]). 4. Der Schuldner, welcher einem Mitgläubiger einen Antheil bezahlt, wird dadurch in Beziehung auf die übrigen Mitgläubiger nicht befreit, sondern er tritt in die Stelle des Bezahlten[27]). 5. Ist eine wirk-

---

20) Ebend. §. 453. Es ist eine communio incidens.

21) In der Lehre von der Schenkung I, 11, §. 1085 scheinen die Verfasser des A. L. R. selbst eine ipso jure eingetretene Theilung anzunehmen, und bei dem Leibrentenkontrakte ist sie ausdrücklich ausgesprochen. §§. 515, 516 das. S. u. §. 686, II. — Ferner bei der Kompensation. I, 16, §. 303.

22) Corp. jur. Frid. I, 3, §. 4, Nr. 7. — A. G. O. I, 5, §. 4, Nr. 7; I, 10, §. 86.

23) M. s. z. B. das R. vom 20. Septbr. 1833 (Jahrb. Bd. XLII, 86).

24) Vergl. auch die V. vom 8. Febr. 1811, §. 8 (G. S. S. 150), u. I, 16, §. 303. — Eine Ausnahme macht das Depositum. I, 14, §. 65.

25) Ein Beispiel ist I, 11, §. 320.

25a) Präj. 1870, vom 18. Mai 1847 (Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 463). S. jedoch unten §. 523.

26) I, 17, §. 155. Man weiß hier noch nicht, wem die Forderung zufallen wird bei der Theilung.

27) I, 5, §. 452. Die Folge ist, daß er bei demnächst eintretender Theilung Jedem soviel zahlen muß als ihm zufällt.

liche Korealobligation vorhanden, so muß derjenige correus credendi, welcher die Forderung eingehoben hat, mit den Andern theilen[28]).

§. 518.

b) der Passiven.

I. Verhältniß der Schuldner zum Gläubiger. Der Gläubiger kann unter den Korrealschuldnern beliebig denjenigen auswählen, welcher ihm Zahlung leisten soll[29]); er kann auch von der Wahl wieder abgehen und ganz nach Willkühr gegen jeden Einzelnen einen Theil der Forderung, gleichzeitig oder nacheinander, geltend machen[30]). Aus der Natur der Korrealobligation als einer subjektiv-alternativen folgt, daß die Handlung eines jeden Einzelnen, wodurch die Obligation selbst getilgt, nicht etwa bloß seine Person entlassen wird, Alle Uebrigen freimacht[31]). Die Entlassung eines Einzelnen aus der Schuldverpflichtung für seine Person, ohne Erlaß eines Theils der Schuld, macht ihn zwar dem Gläubiger gegenüber frei, aber ob er davon einen Vortheil hat, hängt von seinem Verhältnisse zu den Mitschuldnern ab. In gleicher Weise wirkt der von Einem der Mitschuldner mit dem Gläubiger geschlossene Stundungsvertrag bloß für seine Person oder für Alle, je nachdem das Paktum bloß zu seinen Gunsten (in personam), oder mit Bezug auf die Forderung überhaupt (in rem) zu Stande gekommen ist[32]). Erweiterungen der Forderung des Gläubigers durch Handlungen eines Einzelnen treffen den Handelnden allein[33]). II. Verhältniß der Schuldner unter sich. Durch das Korrealverhältniß allein wird noch kein Verhältniß unter den correis de-

---

28) I, 5, §. 453. Ist die Meinung einiger Neuern. An sich folgt aus der Korrealobligation kein Verhältniß unter den correis.

29) §. 430 a. a. O. — L. 3, §. 1, L. 9, §. 2, L. 11 pr. D. de duobus reis (XLV, 2).

30) §§. 433, 434 das. — L. 3, §. 1 D. eod. — L. 28 C. de fidejuss. (VIII, 41).

31) §§. 435—437 a. a. O. — L. 16 pr. D. de acceptil. (XLVI, 4); L. 21, §. 5, L. 22—25 D. de pactis (II, 14); L. 28, §. 3 D. de jurejur. (XII, 2).

32) §§. 441, 442 a. a. O. — Guyet, über die Wirkung der Nachlaßverträge bei den s. g. Korrealobligationen; in den Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts, S. 262 flg.

33) §§. 438, 439 a. a. O. — Vergl. L. 18 D. de duob. reis (XLV, 2); L. 173, §. 2 D. de regul. jur. — Recht der Ford. §. 65, Bd. II, S. 25 ff. Wegen Unterbrechung der Verjährung s. o. §. 158, Bd. I, S. 314.

bendi begründet, d. h. es entsteht, zufolge der Natur der Korrealobligation, noch keine Theilung der Schuld unter den Schuldnern, so daß wenn Einer das Ganze oder mehr als einen verhältnißmäßigen Theil bezahlt, er dieserhalb von den Uebrigen Ersatz fordern könnte[34]). Das A. L. R. jedoch hat aus der gemeinrechtlichen Praxis den Satz angenommen, daß jede gemeinschaftlich kontrahirte Korrealobligation unter den correis debendi eine Gemeinschaft der Schuld begründe[35]); außer dem Falle der gemeinschaftlichen Verbindlichmachung findet kein Anspruch auf Ausgleichung statt[36]), mit Ausnahme einer Anomalie bei unerlaubten Beschädigungen, deren gemeinschaftliche Zufügung alle Mal unter den auch nur zufällig zusammenwirkenden Gemeinschaftern eine Verbindlichkeit zur Ausgleichung unter sich begründet, nur daß im Falle des Vorsatzes die Ortsarmenkasse eintreten soll[37]). In Ermangelung einer vertragsmäßigen Bestimmung über die Antheile werden Kopftheile angenommen, die Unfähigen und Unvermögenden scheiden aus und werden von den Uebrigen übertragen, woraus für Alle die Berechtigung fließt, von Jedem Sicherstellung für seinen Antheil, unter den Voraussetzungen eines Arrreftschlages, zu fordern[38]). Wer den Gläubiger ganz oder zu einem größern Theile als ihm nach dem Gesellschaftsverhältniß obliegt, bezahlt, kann Ausgleichung fordern mittelst der Theilungsklage[39]).

34) An der Korrealverbindlichkeit mehrerer Bürgen, zumal wenn Jeder einzeln Bürgschaft leistet (die Gleichzeitigkeit ist überhaupt etwas Zufälliges und wird nur als Interpretationsregel gebraucht), leuchtet der Satz am ersten ein, I, 14 §. 374; sowie bei Korreal-Verbindlichkeiten aus Delikten. Dieser schon von Vinnius Sel. qu. L. I c. 6, auf Grund der L. 39 D. de fidejuss. behauptete Satz ist durch Gajus III, §. 122, vollständig bestätigt, indem er mittheilt, daß nur auf Grund einer Sozietät ein Anspruch auf Ausgleichung unter correis debendi statthaft war.

35) I, 5 §. 443. Die L. 2 C. de duob reis (VIII, 40), welche für den Satz benutzt worden ist, setzt eine Sozietät als Thatsache voraus, und in der L. 25 pr. D. pactis (II, 14) ist das Wort „sociis" ebenfalls auf reis zu beziehen.

36) I, 14 §. 379. Das bezieht sich auf die Meinung einiger Neuern, daß selbst außer dem Falle einer Gemeinschaft der Zahlende die actio negotiorum gestorum utilis habe. Daß hiernach auch öfter erkannt worden, bezeugen unter A. Ant. Faber Cod. sab. for. de duob. reis, def. 1; Christinaei Decis. Belg. Vol. III, dec. 114; Vol. IV dec. 178.

37) I, 6 §§. 31—35. Die Satzung beruhet auf Mißverständniß. S. Suarez Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI S. 7. Etwas Näheres darüber s. i. Recht der Ford. §. 66, Bd. II, S. 31. Der Untersuchungsprozeß ist keine unerlaubte Handlung, sondern ein Rechtsgeschäft, und begründet daher wegen der Kosten die Ausgleichung unter den mehreren Angeklagten. S. Entscheid. des Obertribunals Bd. VIII, Nr. 2; und m. Beurtheilung S. 555.

38) I, 5, §§. 443—447, 449.

39) Das Verhältniß unter den Gemeinschaftern wird dadurch nicht geändert

§. 519.

c) der Zweiseitigen.

Die Theorie des A. L. R., wonach die aktive Obligation (Forderung) Mehrerer als ein ungetheiltes gemeinschaftliches Recht derselben, die passive Obligation (Schuld) Mehrerer hingegen für eine Korrealschuld genommen wird, wenn in dem Vertrage nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist, macht in dem Falle, wenn bei einem solchen zweiseitigen Vertrage, wo Leistung und Gegenleistung sich einander bedingen, unter den Korreis ein Unfähiger ist, den Praktikern Schwierigkeit. Dieser Umstand ändert jedoch in rechtlicher Hinsicht nichts; der Unfähige, für welchen keine Verbindlichkeit besteht, scheidet in beiden Beziehungen aus: an der aktiven Obligation hat er mit den Nebenkontrahenten keine Gemeinschaft, und ebenso haftet er als Schuldner für nichts. Seinetwegen aber ist das Korrealverhältniß zwischen den Uebrigen in keiner Hinsicht unverbindlich [40]), wenn nicht unter der Bedingung kontrahirt worden ist, daß keiner wegen persönlicher Unfähigkeit ausscheiden dürfe, denn in diesem Falle hängt die Verbindlichkeit der Uebrigen von dieser Bedingung ab.

---

daß der Zahlende sich die Klage des Gläubigers cediren läßt, oder daß Einer der Korrealschuldner die Forderung erbt. I, 16 §§. 492—494. Daher kann der Zahlende das gegen ihn auf Klage des Gläubigers ergangene Judikat gegen die Uebrigen niemals vollstrecken lassen. Diese Grundsätze gelten auch in dem Falle, wenn für eine Schuld mehrere Grundstücke verschiedener Besitzer conjunctim verpfändet sind, und der eine der Gläubiger gegen jura cessa bezahlt. Pr. 1649, vom 18. Octbr. und 12. Dec. 1845. (Entsch. Bd. XII, S. 168.)

40) Es kommen widersprechende Urtheile darüber vor. Jemand hatte ein Grundstück an Eheleute, von welchen die Ehefrau minorenn war, verkauft; rücksichtlich der Frau wurde die obervormundschaftliche Genehmigung versagt; der kaufende Ehemann wollte nun allein den Kontrakt erfüllen. Aber der Verkäufer klagte auf Aufhebung. Das Gericht erster Instanz wies die Klage zurück, weil der Verkäufer daraus, daß der Eine Mitkäufer ausscheide, kein Recht gewinne, den Kontrakt mit dem andern Käufer zu brechen. Der Appellationsrichter erklärte dieses „Raisonnement" für ganz unrichtig und den Kontrakt für ungültig. Die Gründe sind: 1. Der Verkäufer brauche sich nicht an den einen Käufer allein verweisen zu lassen. Antw. Davon war nicht Rede; es hing ganz von ihm ab: ob er von dem Käufer Erfüllung verlangen wollte oder nicht. 2. Der Eine Käufer wäre, wenn auch er allein seinerseits erfüllt hätte, nicht berechtigt, die Uebergabe an sich allein zu verlangen, weil mehrere Berechtigte nur gemeinschaftlich das Recht ausüben können. Antw. Dieser Grund trifft nicht zu, weil es an einem Mitberechtigten fehlte; denn die Verabredung mit der Frau war nicht zu Stande gekommen. 3. Niemandem könne statt des Kontrahenten, den er erwählt, ein anderer aufgedrungen werden. Antw. Die thatsächliche Voraussetzung fehlt hierzu wieder. 4. Jeder Vertrag werde schon dann ungültig, wenn

II. Von der ungleichzeitigen Beziehung auf Mehrere.

M. Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte durch Universal- und Singular-Succession, oder von der Vererbung der Forderungen, von der Cession, Assignation und Novation (Delegation und Expromission). Breslau 1837.

Erster Abschnitt.

Uebergang einer Obligation auf Andere durch Universal-Succession.

§. 520.

1. Das Allgemeine.

Regel ist, daß Alles was zum Vermögensrechte, im Gegensatze zu den Zustandsrechten[1]), gehört und nicht bloß auf die Lebensdauer zuständig gewesen ist, zur Verlassenschaft eines Verstorbenen gezählt wird und als Bestandtheil der Erbschaft mit Dieser auf den Erben übergeht[2]). Ausnahmen sind: 1. Alle Verhältnisse, wobei auf persönliche Eigenschaften gesehen wird, daher

---

nur ein Irrthum in der Person dessen, für den aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, stattgefunden habe, und aus den Umständen erhelle, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung nicht erfolgt sein würde. Antw. Wieder eine thatsächlich unrichtige Voraussetzung, weil beide Theile sich seit der Kindheit der Frau sehr gut kannten und überhaupt von einem Irrthume in der Person niemals Rede gewesen war. 5. Noch viel weniger könne daher ein Vertrag bestehen, wenn ohne allen Irrthum von der einen Seite auf der Andern die Person des Kontrahenten sich ändere. Antw. Die Thatsache ist unrichtig; die Personen waren dieselben geblieben 6. Es gehöre zu den Essentialien des Kaufs, daß die Person des Käufers bestimmt sei; in dem vorliegenden Falle sei nicht bloß an den Beklagten, sondern an ihn und seine Ehefrau verkauft. Antw. Der Kaufkontrakt war nur bezüglich auf die Verbindlichkeit der Frau nicht wirksam, das hinderte den Verkäufer nicht, seinerseits zu erfüllen; die Person des Käufers war bestimmt und bekannt. 7. Der Kläger habe bei dem Vertrage die Geldmittel der Frau hauptsächlich berücksichtigt, er würde dem Beklagten allein, der ganz vermögenslos sei, niemals die Grundstücke verkauft haben. Antw. Dieser Grund ist der einzige von juristischem Gehalt, aber doch nicht zureichend, den ganzen Kontrakt für unverbindlich zu erklären; denn dieser war nicht bedingt geschlossen. Der Grund an sich gehört anderswo hin; er berührt die Frage: ob der Verkäufer zu übergeben schuldig war, ohne bezahlt zu werden. Das brauchte er freilich nicht; darum handelte es sich aber durchaus nicht. Wenn der Käufer Geld brachte, so hatte der Verkäufer dabei kein Interesse: ob solches aus dem Vermögen der Frau oder anderswo hergekommen. In letzter Instanz ist nicht erkannt worden. Prozeß-Akten des F. G. Neisse, N. 573 rep.

1) I, 9 §. 360. — Einleit. §§. 102—104. — I, 2 §. 40. S. u. §. 810.

2) I, 9 §§. 351, 361—366. — L. 37 D. de acquir. heredit. (XXIX, 2); L. 7 C. de heredit. act. (IV, 16).

alle Obligationen auf ein Thun dann nicht auf die Erben übergehen, wenn es nicht s. g. fungible Handlungen, d. h. solche sind, die nicht von Jedem in gleicher Art und eben so gut verrichtet werden können [3]). 2. Strafen aus unerlaubten Handlung (§. 192, Bd. I S. 370), wenn sie nicht schon vor dem Tode soweit geltend gemacht worden sind, daß darauf bereits erkannt worden ist oder doch ohne weitere Erörterung und ohne Verletzung der Prozeßformen darauf erkannt werden kann [4]). Anders ist es mit den Konfiskationsklagen, weil das Eigenthum des konfiscirten Guts ipso jure auf den Berechtigten übergeht [5]); desgleichen mit Konventionalstrafen [6]).

2. Verhältniß mehrerer Erben.

a) Bei Passivobligationen (Schulden).

§. 521.

aa) Zum Gläubiger.

Der Grundsatz des R. R., daß die zu einer Erbschaft gehörigen Forderungen (nomina) unter mehreren Erben, nach den Erbquoten, von selbst getheilt sind [7]), gilt im Pr. R. nicht. Diesen Satz will man auch auf die Schulden anwenden, doch mit Unrecht; denn die unter den Erben beliebte Uebereinkunft bezüglich auf die Schulden ist den Gläubigern gegenüber ganz unwirksam [8]), mithin müssen die Schulden als gesetzlich getheilt gedacht werden. I. Vor der Theilung haben mehrere Erben zusammen ein Miteigenthum an der Erbschaft. Wer also aus der ungetheilten Erbschaft Befriedigung sucht, muß sämmtliche Miterben wegen der

---

3) I, 5 §. 416. — Nach älterm R. R. nahm man an, daß ein Thun von einem Andern überhaupt nicht verrichtet werden könne. Justinian hat das abgeändert. L. 13 C. de contrah. et committ. stip. (VIII, 38).

4) I, 9, §§.360, 363, 365. — L. 22 D. de operis novi nunt. (XXXIX, 1).

5) I, 9, §. 364; II, 20, §. 297. — S. o. §. 218, Bd. I, S. 408.

6) I, 9, §. 366. Sie sind eine Interessenschuld.

7) L. 25, §. 13 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 1 C. si unus ex plur. (VIII, 32); L. 6 C. fam. ercisc. (III, 36); L. 1 C. de hered. act. (IV, 16); L. 56, §. 1 D. de verb. oblig. (XLV, 1).

8) I, 17, §. 130. — Depos.-Ordn. I, §. 55. — L. 3 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 69, §. 2 D. de leg. 1. — L. 40, §. 2 D. de pact. (II, 14); L. 25 C. eod.

Erbschaftsschuld in Anspruch nehmen[9]), indem alsdann die Schuld nicht als obligatio personae sondern rei in Betracht kommt. Dabei ist selbstverständlich das Verhältniß der Antheile der einzelnen Erben ganz gleichgültig, es kommt nur darauf an, daß alle Miterben zugezogen werden, denn der Gläubiger will nicht von den einzelnen Personen, er will aus dem besondern gemeinschaftlichen Gute derselben bezahlt werden. Daher hat die streitige Frage: ob die Erben den Erbschaftsgläubigern vor der Theilung solidarisch oder nur nach Verhältniß der Erbtheile haften, gar keine Bedeutung, wenn nicht auf das eigene Vermögen und die Person der Erben gesehen wird. In dieser Beziehung fragt sich: ob die Erben, oder Einer und der Andere von mehreren Miterben, für ihre Personen vor der Theilung belangt werden können. Solches müßte allerdings der Fall sein, in soweit sie Erben ohne Vorbehalt geworden, weil dadurch eine vollständige Personeneinheit zwischen ihnen und dem Erblasser eintritt und somit die persönliche Verbindlichkeit auf sie übergeht[10]). Allein hier äußert die Regel, daß die Schulden ipso jure, nach Verhältniß der Erbtheile, getheilt sind, Wirksamkeit, und darum muß der Gläubiger, welcher das Ganze von Einem fordert, sich an die noch ungetheilte Erbschaft verweisen lassen; denn jeder Miterbe kann durch vorschriftsmäßige Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung bewirken, daß er persönlich nur nach Verhältniß seines Antheils für die Schulden hafte[11]). Dieses setzt das Getheiltsein der Schulden von Anfang voraus, mithin kann ein Einzelner, für seine Person, auch vor der Theilung, immer nur auf seinen Antheil an der Schuld belangt werden, wenn er Erbe ohne Vorbehalt ist. Unter dieser Voraussetzung hat aber der Gläubiger die Wahl: ob er sich an die Person jedes einzelnen unbedingten Erben für dessen Antheil, oder an die noch ungetheilte Erbschaft auf das Ganze halten will. Thut er das Letztere, so muß er Alle zusammen belangen, wobei dann auf das Verhältniß der einzelnen Antheile gar nicht gesehen wird, weil solches den Gläubiger, der aus dem ungetheilten

---

9) §. 127 das. — Die Auslegung dieses Gesetzes ist streitig. S. m. Uebergang der Ford. §. 4. M. s. das Pr. 212, vom 1. Mai 1837 (Entsch. IV, 302); und m. Beurtheilung, S. 267 ff.

10) I, 9, §§. 418, 419; I, 17, §. 134.

11) I, 17, §. 141. Nur durch ein Versehen macht sich ein Miterbe für das Ganze verantwortlich.

Ganzen Befriedigung fordert, nicht interessirt [12]). Leugnet der als Erbe in Anspruch genommene Beklagte Erbe zu sein, so muß der Kläger den Beweis führen [13]); dies gilt nicht von dem Falle, wenn der Beklagte leugnet, alleiniger Erbe zu sein, sondern dann macht er die exceptio plurium litis consortium, zu deren Begründung es nicht genug ist, im Allgemeinen zu sagen, es seien noch mehrere Erben vorhanden, vielmehr muß er dieselben namhaft machen und deren Qualität beweisen, weil er exzipirt [14]). — Die Benefizialerben müssen, um sich nicht persönlich verantwortlich zu machen, die Erbschaftsgläubiger mit Berücksichtigung der ihnen zustehenden Vorrechte befriedigen. Zu diesem Zwecke hat er das Mittel des erbschaftlichen Liquidationsprozesses (§. 504), auf dessen Eröffnung ein jeder Einzelne der Miterben, mit der Wirkung, daß über die ganze Erbschaft, nicht etwa bloß über seinen Antheil, der Liquidationsprozeß eröffnet wird, anzutragen berechtigt ist [14a]). II. Nach der Theilung steht es bei dem Gläubiger, ob er die Erben insgesammt im Erbschaftsforum, oder einzeln, als persönliche Schuldner, in ihrem persönlichen Gerichtsstande, auf das Ganze oder Jeden für seinen Theil in Anspruch nehmen will [15]); denn dadurch, daß sie sich theilen, ohne vorher die Gläubiger wegen der bekannten und unbestrittenen Forderungen aus der Gemeinschaft zu befriedigen, macht sich ein Jeder in solidum verantwortlich; nur ist ein Benefizialerbe nicht über den Betrag des Empfangenen verhaftet, wenn er die gehörige Ordnung beobachtet [16]). Eine Ausnahme begründet die Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung gegen die, bis zur Theilung sich nicht meldenden, Gläubiger; diese können ihre Forderung nachher von jedem Erben nur zu dessen Antheil einfordern [17]).

---

12) Ist auch von dem Ober-Trib. angenommen nach dem Pr. 938, vom 10. Oktbr. 1840.

13) Reskr. vom 12. Septbr. 1835 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 123).

14) Schles. Arch, Bd. IV, S. 3 und flg.

14a) S. auch Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIX, S. 217.

15) I, 17, §§. 131—133, 136.

16) §. 134 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. IV, S. 347.

17) §. 137 das. — Die Bekanntmachung der schon geschehenen Theilung ist natürlich wirkungslos. Den unbekannten Gläubigern muß die Bekanntmachung durch die öffentlichen Blätter geschehen. §§. 138—146. — V. v. 3. Mai 1804, §. 2 (N. C. C. Tom. XI, No. 16; Rabe, Bd. VIII, S. 43).

§. 522.

bb) Unter sich.

Wenn der Beitrag der Einzelnen zu den Schulden nicht durch Testament oder Vertrag unter den Erben anders bestimmt ist, so trägt ein Jeder nach Verhältniß seiner Erbquote bei [18]). Jeder Erbe kann fordern, daß vor der Theilung sämmtliche Schulden berichtigt werden, oder daß soviel als dazu erforderlich bis zur Verwendung in der Gemeinschaft bleibe, damit durch ausschließliche Besitznahme der Mittel später dann kein Mangel sei und der bemittelte Erbe nicht für den Theil des Unbemittelten mit belangt werde. Wird die Theilung ohne gehörige Berichtigung der Schulden vollzogen, so ist jeder Miterbe Sicherheitsbestellung dafür, daß man seine Verbindlichkeit gegen die Gläubiger erfüllen und ihn für die Ansprüche derselben schadlos halten werde [19]), so wie den Nachweis der Berichtigung der übernommenen Schulden und Erbschaftslasten oder doch die Befreiung davon [20]) zu fordern befugt.

§. 523.

b) bei Aktivobligationen (Forderungen).

Vor der Theilung ist kein einzelner Miterbe befugt, eine Erbschaftsforderung ganz oder theilweise einzuziehen oder den Schuldner auch nur zum Theil, mit rechtlicher Wirkung gegen die Miterben, zu liberiren [21]). Damit ist gemeint, daß der Einzelne einen zur Gemeinschaft gehörigen Anspruch nicht als seinen ausschließlichen verfolgen darf. Es ist ihm aber nicht verwehrt, sein besonderes Interesse bei der Gemeinschaft selbstständig und ohne Zuziehung der übrigen Theilnehmer für sich zu verfolgen, insofern er dadurch die Rechte derselben nicht beeinträchtigt. Eine solche

---

18) I, 17, §§. 128, 129. — L. 20, §§. 3, 5, 8; L. 69, §. 2 D. de leg. I. — L. 34, §. 3 D. de legat. III. — L. 7, §. 3 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3).

19) I, 17, §. 149. Der Grundsatz des §. 449, I, 5 gilt hier nicht. — L. 25, §. 13 D. fam. ercisc. (X, 2).

20) I, 17, §§. 147, 148, 150. — L. 23 C. fam. ercisc. (III, 36).

21) I, 17, §. 151. Diesem Grundsatze widersprechend ist die Bestimmung über Kompensation, I, 16, §. 308. Vergl. Recht der Ford. §. 164, Nr. II, 6, litt. c, Bd. II, S. 646. Auch die Klage des Einzelnen auf Zahlung ad depositum ist nicht zulässig. Pr. 1666, v. 11. Decbr. 1845. (Entsch. XII, 244.)

Beeinträchtigung findet nicht statt und die Klage des Einzelnen ist zulässig, wenn der Einzelne z. B. für sich allein nur über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs im Allgemeinen streitet, ohne durch seine Anträge sonst weiter in die Gemeinschaft einzugreifen, namentlich wenn er einen von dem Erblasser geschlossenen Vertrag als ungültig angreift, und die Rückgabe des Vertragsgegenstandes zur Verlassenschaft verlangt[22]; ferner wenn ein einzelner Miterbe gegen einen andern Miterben auf Anerkennung der Kollationspflicht klagt[23]; oder wenn er Rechnungslegung von einem Miterben[24] oder einem Dritten[25] fordert, kurz, wenn er dadurch auf die Vorbereitung der Theilung hinwirkt, welches zu thun ein besonderes Recht jedes Einzelnen ist. Alleingläubiger wird der Einzelne durch die Ueberweisung bei der Theilung. Dergleichen Ueberweisung wird zum Vortheil desjenigen Miterben angenommen, welcher nach vollzogener Theilung im Besitze des über die fragliche Forderung lautenden Instruments ist[26], wenn nicht dem Schuldner gerichtlich bekannt gemacht und bei Hypothekenforderungen im Grundbuche vermerkt worden ist, daß dem Inhaber des Instruments nicht gezahlt werden dürfe; ist kein Instrument vorhanden, so berechtigt nur die bei der Theilung erfolgte schriftliche Ueberweisung zur Einziehung[27].

Zweiter Abschnitt.

Uebergang einer Obligation auf Andere durch Singular-Succession.

§. 524.

Uebersicht.

Weil die obligatorischen Verhältnisse sich wesentlich auf bestimmte Persönlichkeiten beziehen und gerade durch das mit den

22) Pr. des Ober-Trib. v. 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 242, 246 ff.)

23) Pr. 1468 a, v. 28. Juni 1844 (Entsch. X, 190). Doch kommt dieser Fall eigentlich nicht unter den in Rede stehenden Grundsatz. Denn was von einzelnen Miterben zu konferiren ist, das ist kein Nachlaßaktivum, sondern dient nur zur Ausgleichung unter denjenigen Miterben, die einander zu konferiren schuldig sind.

24) Pr. des Ober-Trib. v. 25. Febr. 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 217).

25) Im Widerspruch mit gedachten Pr. (Note 22—24) verneint dies das Pr. 368, v. 1837.

26) Zur Legitimation ist daher, außer dem Besitze des Instruments, nur der Nachweis der wirklich vollzogenen Erbtheilung zwischen den legitimirten Erben erforderlich. Entsch. d. Ober-Trib. IV, S. 325. Pr. 692, v. 18. Mai 1839.

27) I, 17, §§. 152—155. Durch die Ausschließung des Röm. Prinzips, daß nomina ipso jure divisa, sollte die Verschlimmerung der Lage des Schuldners verhindert werden. Suarez, amtl. Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 56.

Personen verknüpfte wechselseitige Band begründet und gehalten werden, so ist eine Loslösung des Bandes auf der einen oder der andern Seite ohne Zerstörung des ganzen Verhältnisses nicht denkbar. Daher war den Römern der Uebergang einer Obligation auf einen Andern, außer dem Falle der juristischen Personeneinheit, etwas Unmögliches [1]). Der Verkehr war deswegen nicht gehemmt, er wurde durch Novation oder durch einseitige Uebertragung der Ausübung des Forderungsrechts, d. i. Cession der Klage, vermittelt [2]). Die Neuern setzten einen Uebergang, der Substanz nach, durch Singularsuccession voraus. Auf dieser Ansicht beruht auch die landrechtliche Gesetzgebung. Darnach sind die Cession und die Novation Uebertragungs- und beziehlich Erwerbungsarten für Forderungsrechte, und die Assignation wird als Mittel zur Uebertragung der Ausübung einer Forderung angesehen.

A. Cession.

A. L. R. I, 11, §§. 376—444. — M. Lehre von dem Uebergange 2c. S. 32 ff. — Schoulz v. Ascheraden, Bemerkungen über die Verschiedenheiten in den die Cession der Schuldforderungen betreffenden Gesetzen des Röm. u. Preuß. Rechts. Greifswald 1822. — Ueber R. R., besonders: Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des R. R. dargestellt. 3. Aufl. gr. 8. Greifswald, 1836.

§. 525.

1) Begriff und Erfordernisse.

Cession heißt die Handlung, wodurch Jemand das Eigenthum seines obligatorischen Rechts (das Recht seiner Substanz nach), auf Grund eines lästigen Titels, einem Andern überträgt [3]. Fehlt der lästige Titel, so wird die Handlung nach den Grundsätzen einer Schenkung beurtheilt [4]). Der Titel und die Handlung können zusammenfallen oder der Titel kann in mündlicher Abrede beruhen; in diesem Falle wird das Geschäft durch die Vollziehung

---

1) L. 25, §. 2 D. de usufructu (VII, 1). — L. 2 C. de hered. vend. (IV, 39). Gajus II, §§. 35, 36. — Ulpian. Fragm. XIX, §. 14.

2) Gajus, Lib. II, §§. 38 u. 39.

3) I, 11, §§. 376, 377. Nach R. R. ist sie bloß die Uebertragung der Ausübung eines Forderungsrechts, Namens des Gläubigers, von dem Mandate dadurch unterschieden, daß der Beauftragte das Eingezogene für sich behielt. (Procurator in rem suam).

4) §. 378 verglichen mit §. 381 a. a. O.

der Cession vollendet [5]). Der Titel kann so verschieden sein wie der Titel bei der Erwerbung des Eigenthums an Sachen durch die Uebergabe. Wird von dem Erwerber baares Geld gegeben oder versprochen, so ist das Rechtsgeschäft ein Kauf; besteht die Gegenleistung in Sachen oder in Rechten, so ist es Tausch [6]); soll der Empfänger des Rechts (Cessionar) durch die Cession wegen einer Forderung befriedigt werden, so ist es Angabe an Zahlungsstatt [7]). Bei diesen Geschäften kommen die Grundsätze zur Anwendung, welche dabei gelten, wenn der Gegenstand eine bewegliche Sache ist. Ist es z. E. ein Kauf, so gelten die Regeln vom Kaufe beweglicher Sachen. Wenn z. B. ausbedungen worden ist, daß die Ausstellung der Cession zu einer bestimmten Zeit gegen baare Zahlung der Valuta erfolgen solle, so kann der Cedent die Cession verweigern und den Kontrakt aufheben (ebenso wie dies beim Kaufkontrakte über jede Art von Sachen unter gleicher Voraussetzung stattfindet), sobald ihm die versprochene Zahlung in dem festgesetzten Zeitpunkte nicht geleistet wird [8]).

§. 526.

2) Gegenstand.

Nach der ursprünglichen Wesenheit der Cession als einer Uebertragung der Ausübung eines Rechts konnte in der Regel ein jedes Recht, welches nicht zu den Zustandsrechten gehört, Gegenstand derselben sein. Nachdem jedoch die Veränderung eingetreten, daß eine Loslösung des Rechts von der Person des Berechtigten und Verknüpfung desselben mit der Person eines Andern vorgehen soll, läßt sich nach einer allgemeinen Regel nicht mehr entscheiden: welche Rechte cessible seien oder nicht [1]); es läßt sich im Allgemeinen nur sagen, daß alle obligatorischen Rechte cessibel, wenn nicht eine positive Beschränkung eintritt; denn bei der gesetzlichen Regel: daß alle Rechte, welche nicht an die Person des

---

5) Simon's Rechtsspr. Bd, I, S. 159 flg. Pr. 1345 v. 30. Septbr. 1843, (Entsch. Bd. IX, S. 213.)

6) I, 11, §. 381. Ist als Gegenleistung theils Geld, theils etwas Anderes versprochen, so gilt das Geschäft als Kauf. S. u. §. 674, IV.

7) §. 380 das. u. I, 16, §§. 262, 263.

8) I, 11, §§. 230 u. 381. Angenommen von dem IV. Senat des Ober-Trib. am 13. Novbr. 1848 in Sachen Josephy c. Wiesenthal, 34⁄531 IV, 48, Präj. 2087. S. u. §. 676, I, 1.

1) Die alte Regel: **quae non sunt transmissibilia ad heredes, per cessionem non transeunt,** so wie die umgekehrte: **quod est transmissibile, id est cessibile,** ist trüglich und längst wieder aufgegeben.

Inhabers oder an gewisse Eigenschaften desselben gebunden, oder sonst veräußerlich sind, an Andere abgetreten werden können [2]), kommt man wieder auf die Frage nach dem Kennzeichen der ausgenommenen Rechte, so daß zuletzt nur das Kennzeichen der positiven Beschränkung übrig ist [3]). I. Unzweifelhaft cessibel sind an sich: 1. Forderungen im engern Sinne, und zwar ganz oder theilweise [4]). Ist die Forderung durch eine Gegenleistung bedingt, so hindert Das die Cession keineswegs, nur kann der Cessionar die Forderung anders nicht geltend machen, als wenn die Bedingung erfüllt wird [4a]). Bei Miethszins-Forderungen kann es zweifelhaft sein, in wieweit der Miether, wenn er die Cession genehmigt hat, noch Abzüge wegen der erst später eintretenden kontraktswidrigen Entziehung der Sache an der schon fällig gewordenen Miethe dem Cessionar zu machen berechtigt ist. Es kommt dabei auf die Auffassung der Miethszinsforderung an. Wird sie für eine bedingte Forderung angesehen, welche, so lange sie nicht getilgt ist, durch die kontraktmäßige vollständige Erfüllung Seitens des Vermiethers bedingt ist, so kommt sie nur in dem Maaße zur Entstehung, als der Vermiether seinerseits Genüge leistet; sie beträgt also von selbst soviel weniger, als der Miether an Entschädigung wegen kontraktswidriger Entziehung der Sache fordern kann, folglich ist der Miether dem Cessionar nur soviel schuldig. Die Anerkennung des Cessionars Seitens des Miethers ist daran kein rechtliches Hinderniß, weil solche Anerkennung nur auf die Vergangenheit zu beziehen ist und nur diejenigen Reduktionen ausschließt, deren Entstehungsgrund schon in die Zeit vor der Anerkennung fällt. Trennt man hingegen Forderung und Gegenforderung dergestalt, daß man den Miethszins für eine völlig abgelaufene Miethsperiode, aus welcher keine Gegenforderungen entstanden sind, für eine selbst-

2) I, 11, §. 382; Einleitung §§. 99, 104.

3) Daß dieses sich nur auf Vermögensrechte, nicht auf Zustandsrechte bezieht, versteht sich von selbst.

4) V, v. 8. Febr. 1811 (G. S. S. 150). Vorher war die Zulässigkeit der Partialzession streitig. Stengel, Bd. XV, S. 235; Mathis, Bd. I, S. 223.

4a) War streitig und ist durch den Pl. Beschl. (Pr. 1669) v. 16. Januar 1846 (Entsch. Bd. XII, S. 10) entschieden. Das ältere Pr. 695, v. 11. Juni 1839, fügt bei, was sich von selbst versteht, daß der Cedent seine Verbindlichkeit auf den Cessionar wider den Willen des andern Kontrahenten, nicht übertragen kann. Gegenforderungen aus demselben Geschäfte können, wegen der Untrennbarkeit beiderseitiger Forderungen, jedenfalls abgerechnet werden, wenn sie auch, wie z. B. Zinsen von rückständigen Kaufgeldern, erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden. Pr. 2275, vom 14. Febr. 1851 (Entsch. XX, 190). Vergl. auch das Pr. (ohne Datum) im J. M. Bl. 1851, S. 288.

ständige unbedingte Forderung, und die in die folgende Periode, in welcher die Sache entzogen worden ist, deshalb entstehende Entschädigungsforderung des Miethers für eine selbstständige Gegenforderung des Miethers ansieht, so kann der Miether dieserhalb dem Cessionar keinen Abzug machen, sondern muß sich an den Vermiether halten. Diese zweite Auffassung entspricht aber nicht dem Rechtsverhältnisse, nach welchem vielmehr die daraus entstehende Forderung des Vermiethers als ein Ganzes anzusehen ist. Die einzelnen Zinszahlungen sind nur als Theilzahlungen aufzufassen[4b]). 2. Dingliche Klagen, indem dieselben, sobald sie gegen eine bestimmte Person begründet sind, dieser gegenüber die Natur eines Forderungsrechts haben[5]). Der Cessionarius, welcher die Klage durchsetzt und den Gegenstand erhält, erwirbt dadurch das dingliche Recht selbst. 3. Possessorische Klagen, in sofern mittelst derselben eine Leistung des Beklagten, z. B. Herausgabe einer Sache, oder Schadensersatz erzielt werden soll; Klagen auf Unterlassung von Besitzstörung jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Cessionar auch in den, von dem Beklagten gestörten, Besitz gesetzt wird[6]). 4. Forderungen, welche aus Rechten, die an die Person gebunden oder sonst unveräußerlich, bereits wirklich entstanden sind. 5. Exceptionen in demselben Umfange wie die

---

4b) Der III. S. des Ober-Trib. hat jedoch, am 23. Januar 1849, in der Sache Funke c. Sans $^{417}/_{1615}$ III, 48, angenommen, daß wenn die Forderung des Vermiethers an den Miether aus dem Miethskontrakte cedirt worden ist und der Miether die Cession genehmigt hat, er dem Cessionar bei Einforderung der fällig gewordenen Miethszins-Raten nicht einwenden könne, daß ihm der Vermiether nach der Fälligkeit des fraglichen Zinszahlungstermins kontraktswidrig gekündigt habe, und daß ihm, wegen zu früher Entziehung der Sache, Schadloshaltung gebühre, um deren Betrag seine Schuld sich von selbst vermindere. Das ist jedoch juristisch nicht richtig. Der juristische Fehlgriff liegt darin, daß die Mitglieder, welche die Mehrheit machten, die einzelnen Zahlungstermine für eben so viel Miethsperioden ansahen, während eine Miethsperiode die ganze Dauer, auf welche der Kontrakt lautet, oder doch ein Jahr umfaßt. I, 21, §. 328, 329. Vergl. auch §. 584, Note 34 a. Der Cessionar muß schlechterdings leisten was der Cedent schuldig.

5) L. 9 C. de heredit. vend. (IV, 39); L. 21, 63 D. de rei vind. (VI, 1); L. 35, §. 4 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 25, §. 8 D. locati (XIX, 2); L. 14 pr. D. de furtis (XLVII, 2). Es versteht sich, daß hier nur gegenwärtig begründete Klagrechte (actiones natae) auf fällig gewordene Leistungen zu verstehen sind. Das aus einem dinglichen Verhältnisse, z. B. dem Lehns- oder ehemaligen Erbpachtsverhältnisse, dem Lehnsherrn oder Eigenthümer zustehende dauernde Recht, wiederkehrende Leistungen von dem Andern zu fordern, kann nicht durch Cession, sondern nur durch Veräußerung des Obereigenthums, beziehlich Eigenthums, übertragen werden. Vergl. Pr. 1288, v. 7. April 1843.

6) I, 7, §§. 148—150. — Hier ist nicht das materielle Klagerecht mit der Prozeßform (possessorium summarissimum) zu verwechseln; von der Cession des possessorii summarissimi ist keine Rede.

Klagerechte[7]). II. Auch folgende Rechte, deren Cessibilität bisweilen bedenklich gefunden worden ist, sind cessibel: 1. Forderungen aus Kaufkontrakten, und zwar sowohl die Kaufsklage auf Uebergabe der Sache, sowie das s. g. jus primae licitationis[8]), als auch die Verkaufsklage auf Erfüllung der von dem Käufer versprochenen Gegenleistungen, ohne Ausnahme, weil alle diese Gegenleistungen zum Vermögensrechte des Verkäufers und zu den persönlichen Verbindlichkeiten des Käufers gehören[9]); nur ist zu berücksichtigen, daß auf beiden Seiten die Forderung bedingt ist durch die Gegenleistung, also die Erstere nicht ohne die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufgeldes und die Andere nicht ohne die der Uebergabe ꝛc. übergehen kann, wenn auch die Uebergabe, beziehlich Zahlung, erst später geschehen soll (Note 4a). 2. Die Forderungen und entsprechende directe Klage des Niederlegers gegen den Verwahrer aus dem Hinterlegungskontrakt[9a]). 3. Konventionalstrafen, indem

7) L. 40 pr., L. 64 pr. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1),

8) Schles. Arch. Bd. IV, S. 511. — Unausführbar ist die Vorschrift des Min.-Reskr. v. 30. Okt. 1835, wonach dem Meistbietenden und dessen Cessionar uno tenore der Zuschlag gegeben werden soll. Wenn dadurch nicht beide Miteigenthümer werden sollen, was gar nicht in der Absicht liegt, so wüßte man nicht, wer denn nun eigentlich der rechte Eigenthümer sein sollte.

9) I, 11, §. 76. — Pr. 1116, v. 19. März 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 298 flg.). — Lehre vom Uebergange der Ford. §. 11, u. Zus. S. 356, 361.

9a) Das Pr. 1996, v. 10. August 1848 erklärt das Recht des Eigenthümers einer zum gerichtlichen Depositorium eingezahlten baaren Geldsumme auf den Rückempfang dieser Summe für übertragbar durch Cession. Ganz natürlich, denn das Recht auf solchen Rückempfang eines Depositums, geltend zu machen mittelst der actio depositi directa, ist ein Forderungsrecht. Dagegen spricht derselbe (IV.) Senat in dem, einige Monate ältern, Pr. 1928, v. 22. Octbr. 1847 (Entsch. Bd. XVI, S: 360) das Gegentheil in einem Falle aus, wo das Depositum in Pfandbriefen bestand, die bei der Posener Landschaftsdirektion von dem Eigenthümer verwahrlich niedergelegt waren. Warum? Weil „von einem Forderungsrechte hier nicht die Rede sein kann, weil ja der Gutsbesitzer eben der Schuldner der Pfandbriefe, und kein anderes verpflichtetes Subjekt einer Obligation, in Bezug auf diese Pfandbriefe vorhanden ist. Den Anspruch, den jener darauf hat, daß die Landschaftsbehörde ihm seine (so eben ist er als Schuldner der Pfandbriefe genannt, hier wird er wieder als Eigenthümer bezeichnet) Pfandbriefe nicht gegen die Vorschriften — zurückhalte, ist kein Aktivum, sondern nur ein Ausfluß seines Eigenthums an den Pfandbriefen, das er natürlich gegen jeden, der dieselben zurückhalten möchte, ausüben darf.“ Das die juristischen Gründe. Darin ist kein wissenschaftliches Jus. Vorher ist sehr ausführlich bewiesen, daß die Pfandbriefe kraft eines Depositums, bei welchem eben der Gutsbesitzer als Niederleger und die Landschaftsdirektion als Verwahrer anzusehen, in der Gewahrsam der Letztern befindlich; und doch wird dem Niederleger die actio depositi abgesprochen, und er soll nur den Anspruch haben, welcher „ein Ausfluß seines Eigenthums an den Pfandbriefen ist,“ also wahrscheinlich die Vindikationsklage. Bekanntlich hat der Hinterleger, wenn er zufällig der Eigenthümer des deponirten Gegenstandes ist, die Kontraktsklage aus dem Depositum eben so gut als wenn er nicht der Eigenthümer ist; und daß die actio depositi cessibil sei, ist von dem Ober-Trib. selbst ausgesprochen und kann auch aus jurischen Gründen nicht bestritten werden. Ueberdies ist selbst die Vindikationsklage cessibel. Was damit gemeint

diese durchaus kein s. g. jus personalissimum[10]), vielmehr ein gewöhnliches Forderungsrecht aus einem Vertrage sind. 4. Ungewisse Rechte, ohne Unterschied: ob der Grund dazu in einem schon bestehenden Rechtsverhältnisse vorhanden ist, oder erst in einer noch bevorstehenden Unternehmung gelegt werden soll[11]). In dem letztern Falle ist der Gegenstand eine bloße Hoffnung. In dem erstern Falle kann die Ungewißheit darin liegen, daß das Recht selbst schon wirklich erworben, aber hinsichtlich seines Verfalltags oder Umfanges oder Gegenstandes noch ungewiß ist[12]); oder darin, daß auch die Erwerbung noch nicht vollendet ist, wie z. E. eine Forderung oder ein Vermächtniß unter einer aufschiebenden Bedingung[13]), oder die künftige Erbschaft nach einem noch Lebenden[14]). Beide Klassen von Rechten sind in der Regel cessibel; eine Ausnahme macht die noch nicht angefallene, gleichviel ob bestimmte oder unbestimmte Erbschaft[15]). Das dem Gläubiger bei alternativen Forderungen zustehende Wahlrecht ist nach Pr. R. nicht ausgenommen[16]). 5. Rechte aus unveräußerlichen oder persönlichen Verhältnissen, namentlich: a) Rechte aus solchen Privilegien, welche mit einer Sache verbunden sind (privilegia causae), und b) aus persönlichen Privilegien, in sofern, als daraus ein positives Vermögensrecht entstanden ist, nicht aber bloß negative Rechte der Person, namentlich bloße Befreiungen von Diensten, Lasten und Abgaben, wohin auch das Armenrecht und das fiskalische Recht gehört[17]). 6. Erbschaftsrechte aus einer

---

wird, daß der Anspruch „kein Aktivum" sei, ist nicht bekannt; „Aktivum" ist kein bestimmter juristischer Begriff. Wird damit eine ausstehende Geldforderung gemeint und behauptet, daß nur eine solche und kein anderes Forderungsrecht durch Cession übertragen werden könne, so sieht jeder selbst was davon zu halten.

10) Dafür erklärte in einem Rechtsfalle der Richter eine cedirte Konventionalstrafe, um unter diesem Prätext die Klage abzuweisen.

11) I, 11, §. 527. Gemeinrechtlich ist die Cessibilität bloß gehoffter Rechte streitig. — Vergl. L. 3 C. de donat. (VIII, 54); L. 9 C. quae res pignori (VIII, 17).

12) Hierauf bezieht sich I, 16, §. 393.

13) Ein solches legatum sub conditione unterscheidet sich aber von dem debitum sub conditione darin, daß bei dem Erstern dies nondum cessit, wogegen bei dem debitum nur dies nondum venit. L. 26 D. de stipul. serv. (XLV, 3); L. 42 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7); L. 78 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1). Nach Pr. R. ist hierin zwischen Beiden kein Unterschied. S. u. §. 829, I.

14) Auf diese Klasse ist I, 11, §. 1039 zu beziehen, so daß zwischen dieser Stelle u. I, 16, §. 393 kein Widerspruch ist.

15) I, 11, §§. 445, 446. S. Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 12, Nr. 2.

16) Nach G. R. wird darüber gestritten. Nr. 3, lit. b a. a. O.

17) A. L. R. Einleit. §. 104. — Städteordn. v. 1808 §§. 31, 45.

angefallenen Erbschaft, nicht das Erbrecht (die Erbeseigenschaft) selbst, weil dasselbe ein Zustandsrecht ist. Die Cession eines Erbtheils ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf den Betrag einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum an den einzelnen Gegenständen der Erbschaft, sondern begründet nur einen persönlichen Anspruch an den Cedenten; überhaupt ist eine Erbquote an einer noch ungetheilten Erbschaft keine Forderung, welche cedirt oder überwiesen werden könnte [18]). Auch die Forderung auf Restitution eines Universal-Fideikommisses ist cessibel [19]); diese Forderung geht aber, nach Pr. R., nur auf die Herausgabe der einzelnen Gegenstände; denn der Fideikommissarius ist und bleibt Erbe (§. 823).

3. Beschränkungen.

§. 527.

a) Ueberhaupt.

Für nicht übertragbar erklärt sind folgende, gleichwohl zum Vermögensrechte gehörigen Rechte: 1. Injurienklagen, soweit sie auf Strafe und nicht auf Schadensersatz gehen [1]); 2. die Forderung auf künftige Dienste der Pflegekinder [2]). 3. Forderungsrechte, welche durch ausdrückliche oder stillschweigend vorausgesetzte Verabredung der Parteien von der Uebertragung auf Andere ausgenommen worden sind. Eine solche Verabredung macht die dennoch erfolgte Cession unwirksam, wenn sie dem Cessionar ersichtlich war [3]), außerdem würde ihm seine Redlichkeit zu statten kommen. Von dieser Art sind: a) die persönlichen Gesellschaftsrechte aus einer Societät [4]); b) der Vollmachtsauftrag [5]); c) das Pacht-

---

18) Entscheid. des Ober-Trib. Bd. III, S. 302. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 1 flg.

19) I, 12, §. 467. — Lehre vom Uebergange rc. §. 15 a. E.

1) I, 11, §. 388. — L. 7, §. 1; L. 28 D. de injur. (XLVII, 10); L. 32 pr. D. ad. leg. Falc. (XXXV, 2).

2) II, 2, §§. 764, 765, 767, 768. — II, 5, §. 206. — Analog der Röm. Lehre von Diensten der Freigelassenen.

3) I, 4, §§. 15—19.

4) I, 17, §. 68. — L. 49 D. pro socio (XVII, 2).

5) I, 13, §. 38. — L. 28 D. de neg. gest. (III, 5); L. 8, §. 3 D. mandati (XVII, 1).

und Miethsrecht[6]), wogegen die Pacht- und Miethsforderung, auch für die Zukunft, als **bedingte** Forderung allerdings cessibel ist; d) das Recht des Dienstherrn auf die Dienste des Dienstboten aus dem Dienstkontrakte, gleichwie auch der Dienstbote nicht einseitig sich einen Stellvertreter bestellen darf[7]); e) das Recht des Werkmeisters aus einem Verdingungskontrakte[8]); f) das Recht des Posthalters aus seinem Entreprisekontrakte wegen Fortschaffung der Posten[9]); g) das Wiederkaufsrecht[10]); h) das Retrakt- und Vorkaufsrecht[11]); i) Rechte, welche der Person des Gläubigers zur Bestreitung der Lebensnothdurft eingeräumt sind[12]), z. E. gesetzliche Alimente und das persönliche Wohnungs- und Gebrauchsrecht[13]). 4. Accessorische Rechte, ohne das Hauptrecht, namentlich Rechte aus der Bürgschaft und aus Kautionen, sowie aus der Hypotheken- oder Pfandbestellung[14]).

§. 528.

b) Bezüglich auf gewisse Personen und Gegenstände.

I. Das R. R. bezweckte durch eine Anzahl von Verboten die Verhinderung der Einschiebung eines dem Schuldner beschwerlichen Gegners[15]). Davon findet sich im Pr. R. nur eine einzelne Anwendung, nämlich das Verbot, daß richterliche Personen, Aktuarien und Rechtsanwalte, streitige Rechte, welche bei dem Gerichte, wo sie angestellt sind, zur Erörterung kommen können, durch Cession an sich bringen; die Folge der Zuwiderhandlung ist Nichtigkeit

---

6) I, 21, §§. 309, 310. Ist nach G. R. streitig. Vergl. u. §. 699 a. E. Die Einwilligung des Vermiethers bedarf nicht der schriftlichen Form. Pr. 2029, v. 9. Juni 1848.

7) II, 5, §. 62. — Ges.-Ordn. v. 1810, §. 62.

8) I, 11, §§. 928, 929. — L. 31 D. de solut. (XLVI, 3).

9) Cours-Ordn. v. 19. Febr. 1790. (Rabe, Bd. VII, S. 514 u. VIII, S. 242.)

10) I, 11, §§. 312, 316, 317. Ist gemeinrechtlich streitig.

11) I, 20, §. 594. Ist nach G. R. gleichfalls bestritten.

12) I, 19, §. 22. — L. 10 D. de usu et habitat. (VII, 8).

13) Die Ausübung kann wohl Andern überlassen werden, doch auch nur in sofern, als der Belastete durch den Fremden nicht mehr als durch den Berechtigten selbst belästigt wird.

14) Hinsichtlich der Bürgschaft ist kein Streit, wegen der Hypothek gab es jedoch eine widersprechende Meinung, S. o. §. 370, Bd. I, S. 646.

15) S. darüber Lehre von dem Uebergange rc. §. 19.

des Geschäfts[16]). Unter den richterlichen Personen werden nur die Richter bei den Gerichtshöfen der ersten und zweiten Instanz, nicht auch die Mitglieder des Obertribunals, die sonst im ganzen Lande keine Forderung mittelbar würden erwerben können, verstanden; streitig in dieser Beziehung heißen nur solche Rechte, welche der Verpflichtete zur Zeit der Cession gerichtlich oder außergerichtlich schon bestritten gehabt hat, in keinem Falle Hypothekenforderungen, gegen welche der Schuldner vor der Cession noch keine Einwendung oder Protestation erhoben hat[17]). Das Verbot bezieht sich auch nur auf käufliche Erwerbungen, nicht auf Ererbungen oder richterliche Ueberweisungen[18]), oder auf den Fall, wenn ein Dritter mit oder ohne Auftrag des Schuldners eine Schuld an den Gläubiger bezahlt und dadurch in die Rechte desselben tritt (§. 529)[19]); und überdieß beschränkt die Praxis, hinsichtlich des Gegenstandes, das Verbot auf eigentliche Geldforderungen, im Gegensatze von Uebertragung körperlicher Sachen, deren Eigenthum nicht anerkannt oder sogar bestritten, worüber aber noch kein Rechtsstreit anhängig ist[20]). II. Die Veräußerung litigiöser Sachen und Rechte ist verboten; die Folgen der Uebertretung bezüglich auf den Veräußerer (Beklagten) sind, daß er behandelt wird wie Einer, der arglistig den Besitz aufgegeben hat (qui dolo desiit possidere); und bezüglich auf den dritten Erwerber bestehen sie darin, daß er sich die Vollstreckung des gegen den Beklagten nachtheilig ausgefallenen Urtels in die erworbene Sache gefallen lassen muß[21]), wenn er die Litigiosität gekannt hat, oder (wegen eines Vermerks im Hypothekenbuche) hätte kennen müssen[22]). Der Grundsatz kommt auch in dem Falle zur Anwendung, wo nicht die Sache selbst, welche Gegenstand des Prozesses, sondern nur das zur Sicher-

---

16) I, 11, §§. 385, 387; Anh. §. 16, 17. — Die öffentliche Strafe (II, 20, §§. 404, 405, 1339) ist in dem neuen Strafges. B. nicht beibehalten.

17) Pr. 1144, v. 30. April 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 395). Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 19, S. 104.

18) I, 11, §. 386. Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 19, Nr. 5.

19) I, 16, §. 43 ff. Pr. 1625, v. 11. Oktbr. 1845.

20) Pr. 953, v. 27. November 1840. Die Fassung des Präjudizes ist unjuristisch und deshalb unklar.

21) A. G. O. I, 7, §. 48, lit. c, u. I, 24, §. 9. Vergl. K. O. v. 8. April 1834 (Jurist. Wochenschr. v. 1836, S. 500). Die Bestimmungen sind nicht zweifelhaft oder in ihrer Fassung unrichtig, wie man gefunden haben will.

22) Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIII, S. 149. Daher ist auch die Litigiosität kein Hinderniß der Acquisitiv-Verjährung, sondern nur die Wissenschaft davon (die mala fides), wie dort ganz richtig ausgesprochen ist.

heit eines Anspruches bestellte Pfand während des Prozesses, und insbesondere im Laufe der Exekutionsinstanz veräußert worden ist[23]). Die bereits anhängige Klage zu cediren ist unbedingt erlaubt, nur scheidet dadurch der Cedent, im Verhältnisse zu dem Beklagten, nicht als Prozeßpartei aus und die Lage des Prozesses bleibt überhaupt unverändert[24]).

§. 529.

4. Gründe der Cession.

I. Die Cession beruht entweder auf freier Uebereinkunft (cessio voluntaria), oder auf einer rechtlichen Nothwendigkeit, d. i. auf einer durch eine Rechtsregel begründeten Forderung des Cessionars (cessio necessaria, ficta). Das Pr. R. hat, abweichend von dem R. R., eine solche Regel mit der Zahlung eines Dritten verbunden. Jeder Dritte ist, nach Pr. wie nach R. R., befugt, für einen Schuldner zu zahlen. Die damit verbundene Absicht bestimmt die Wirkung der Zahlung. Wird gezahlt, um den Schuldner zu befreien (solvendi causa), so ist nach geschehener Zahlung an keine Cession irgend welcher Art mehr zu denken, weil die Schuld getilgt ist[1]); die Zahlung emendi causa überträgt hingegen die Forderung auf den Zahlenden. Hierbei gilt nun nach Pr. R. die Vermuthung, daß, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes verabredet ist, immer emendi causa gezahlt wird. Daraus folgt die Regel, daß, ohne eine ausdrückliche entgegenstehende Erklärung, der Zahlende, mittelst der Zahlung, also ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des Gläubigers tritt[2]); er kann aber auch, wenn der Gläubiger

---

23) Pr. 265 v. 2. Juni 1837. Darnach findet die Exekution wegen einer Hypothekenforderung in das verpfändete Grundstück ohne Weiteres statt, wenn inmittelst auch ein Dritter in den Besitz gekommen ist. Die Insinuation einer bloßen gerichtlichen Kündigung hat diese Wirkung nicht.

24) I, 11, §§. 383, 384. — Die Stellen beziehen sich also auf einen ganz andern Fall als die in der vorigen Note 22. Mit Unrecht hat man daher von einem Widerspruche zwischen beiden gesprochen. — Vergl. v. Bülow über die Abtretung des Klagerechts vor und während des Rechtsstreits; in den Abh. II, S. 313.

1) L. 76 D. de solutionibus (XLVI, 3).

2) I, 16, §. 46: I, 18, §. 597; I, 21 §. 79. Nur die Vorrechte und accessorischen Sicherungsrechte gehen nicht ohne ausdrückliche Cession mit über. I, 16, §§. 47, 48. Ist inkonsequent, da die Cession fingirt wird, man ist selbst in der Anwendung dieses Satzes inkonsequent gewesen, §. 502. Auf diesen Fall bezieht man das Verbot für Gerichtspersonen, sich eine Forderung cediren zu laßen, nicht. S. §. 528, Note 19.

Zahlung annehmen muß oder freiwillig angenommen hat, ausdrückliche Cession der Forderung mit allen accessorischen Rechten verlangen [3]). II. Eine Ausnahme hiervon macht, außer dem jus subintrandi (§. 502), die Zahlung eines Hypothekenschuldners, denn es gilt der Grundsatz, daß jeder Hypothekenschuldner, mag er zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht, durch jede Befriedigung des Gläubigers an dessen Stelle, hinsichtlich der Realforderung (denn die Personalforderung geht durch die Confusion unter) [3a]) tritt, dergestalt, daß die Quittung des Gläubigers für ihn als Cession gilt [4]). Die Forderung wird dabei als eine subjektiv-dingliche Schuld, mit Personificirung des verpfändeten Grundstücks, gedacht, neben welcher auch noch die Person des Besitzers, gleich einem zweiten (Korreal-) Schuldner, vorkommen kann, oder auch nicht [5]). Daß der Besitzer des Grundstücks bei ihm ausdrücklich geleisteter Cession die Rechte eines Cessionars habe, ist nicht zweifelhaft. In gleicher Weise gebühren ihm die Gläubigerrechte nicht nur in allen Fällen, wo die Forderung in andern Wegen, z. E. durch Vererbung, Schenkung oder Erlaß, auf ihn übergeht [6]), sondern auch in Fällen, wo der Gläubiger bloß die Hypothek aufgiebt, die Forderung aber nicht auf den Besitzer überträgt, doch aber das Hypothekeninstrument an ihn aushändigt [6a]). Der Besitzer des verhafteten Grundstücks hat in der That alle Rechte eines Cessionars und Gläubigers, daher

---

3) I, 16, §§. 49—51. — I, 11, §§. 442—444. — I, 14, §§. 338, 339. — I, 20, §. 37. — Die Cession zu fordern, gestattet das R. R. nur unter der Voraussetzung, daß der Zahlende von dem Gläubiger zur Zahlung würde gezwungen werden können. L. 17, 41, §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 28 D. mandati (XVII, 1); L. 95, §. 10 D. de solut. (XLVI, 3); L. 14 C. de fidejuss. (VIII, 41).

3a) Das Ober-Trib. hat bei Entscheid. des Bd. XI, S. 303 mitgetheilten Rechtsfalles das Gegentheil angenommen. Das ist folgewidrig. M. vergl. m. Beurtheilung der Entsch. S. 319 ff. — Das Ober-Trib. bleibt sich auch nicht gleich. Durch das ältere Pr. 287, v. 24. Juni 1837 hat es ausgesprochen: „Ein Gutskäufer, welcher ad rationem pretii eine Hypothek übernimmt, und hiernächst dieselbe durch Cession erwirbt und valutam cessionis bezahlt, ist sein ex cessione erworbenes persönliches Recht gegen den Konstituenten der Hypothek nicht weiter zu cediren befugt, vielmehr ist sein Recht als durch Konfusion erloschen zu betrachten." Juristisch hat dieser Fall nichts Besonderes.

4) Anh. zum A. L. R. §. 52 (zu I, 16, §. 484). Dekl. v. 3. April 1824 (G. S. S. 77).

5) Lehre vom Uebergange der Forderungsrechte, §. 23.

6) Plenarbeschl. (Pr. 664) des Ober-Trib. vom 27. Mai 1839 (Entsch. Bd. V, S. 51), und Pr. 520, vom 1. Septbr. 1838. — M. Betrachtung über das Min.-Reſk. vom 22. Dezbr. 1840, im Schl. Arch. Bd. IV, S. 238 ff.

6a) S. m. Beurtheilung der ersten zehn Bde. der Entsch. des Ober-Trib. S. 322. — Pr. d. Ober-Trib. vom 30. August 1849 (Entscheid. Bd. XVIII, S. 264).

kann er die auf ihn gekommene Post, auch nachdem er das Grundstück bereits verkauft hat, weiter veräußern oder auf seinen Namen im Hypothekenbuche umschreiben lassen [7]), und auch die Post selbst um eine geringere Summe als den Nominalwerth, weil die lex Anastasiana aufgehoben ist [8]), weiter cediren, ohne daß auf solchen Fall die Grundsätze von Zahlung der Valuta bei Darlehnen Anwendung finden [9]); nicht weniger hat er, bei theilweiser Erwerbung der Post, gleich einem andern Cessionar, mit dem Gläubiger des Restes gleiches Vorrecht [9a]).

§. 530.

5. Entstehung.

Die Cession wird bewerkstelligt entweder durch eine willkührliche Handlung (Willenserklärung) des Gläubigers, oder von selbst (ipso jure); durch Verjährung wird sie nicht vermittelt. I. Die willkührliche Uebertragung geschieht durch eine von Seiten des Cessionars angenommene [10]) Erklärung des Cedenten, daß er das Recht übertrage [11]). Die Form ist Schrift, ausgenommen wenn keine briefliche Urkunde über die Forderung vorhanden und zugleich der Nennwerth der Forderung nicht über 50 Thlr. ist [12]). Die schriftliche Form gehört zur Erfüllung der der Cession zum Grunde liegenden Verbindlichkeit, daher die Grundsätze über sofortige Er-

---

7) Es ist vorgekommen, daß aus Unkenntniß des Verhältnisses ein solcher Antrag zurückgewiesen worden ist und dieserhalb erst eine Belehrung hat ergehen müssen. R. vom 16. Juli 1836 (Jahrb. Bd. XLVIII, S. 276). — Pl. Beschl. (Pr. 664) vom 27. Mai 1839.

8) I, 11, §§. 390, 391.

9) War streitig, ist aber auch von dem Ober-Trib. angenommen. Pr. 1385, vom 9. Dezbr. 1843. S. auch Jur. Wochenschr. Jahrg. 1836, S. 148. Vergl. Jahrg. 1835, S. 25.

9a) Pr. 838 b, vom 7. März 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 128).

10) Ueber die Annahme der Cession, die meistentheils stillschweigend geschieht (I, 13, §. 11; I, 5, §. 81), s. Jurist. Wochenschr. 1836, S. 847, und oben §. 525, Note 5.

11) I, 11, §. 393.

12) Ebend. §. 394. Pr. 1663, vom 12. December 1845. Die Form wird auch dann für beobachtet angesehen, wenn der Gläubiger (Cedent) das Instrument dem Schuldner zurückgiebt, dieser eine neue Obligation auf den Namen des Cessionars ausstellt und der Letztere solche annimmt. Pr. 1709, vom 21. Febr. 1846. Desgleichen alsdann, wenn der Cedent, in Folge der mündlich vereinbarten Cession, dem Cessionar das Dokument mit seiner zum Zeichen der Uebertragung darunter gesetzten Namensunterschrift aushändigt. Pr. 1965, vom 20. December 1847 (Entsch. XVI, 142).

füllung eines mündlichen Vertrages unanwendbar sind[12a]). Das Bekenntniß empfangener Valuta und die Aushändigung des Schuldinstruments sind in Beziehung auf das Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar nicht Erfordernisse der Cession[13]); der Cessionar kann jedoch die Aushändigung der Verschreibung oder eines Mortifikationsscheins fordern, um die Zahlung vom Schuldner zu erheben[14]). Ist der Gegenstand der Cession aber eine Hypotheken- oder eine Wechselforderung: so gehört zur vollständigen Uebertragung, in Beziehung auf das Verhältniß des Cessionars zum Schuldner und zu redlichen Dritten, auch die Uebergabe der Schuldurkunden, weil diese im Verkehr für Träger oder Körper des Rechts gelten, daher der Schuldner nur an denjenigen unter mehreren Cessionarien eines und desselben Cedenten zu zahlen berechtigt und verpflichtet ist, welcher neben der Cession zugleich den Schuldbrief hat[15]). In Fällen, wo der Gläubiger dem zahlenden Dritten eine förmliche Cession geben muß und solches zu thun sich weigert, tritt richterliche Hülfe ein[16]), welche am zweckmäßigsten durch die Ausfertigung eines Ueberweisungsdekrets geleistet wird[17]). II. Von selbst oder stillschweigend, also mit demselben Zeitpunkte, wo der Rechtsgrund entsteht, tritt die Cession ein, d. h. sie wird fingirt: 1. wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt[18]); 2. wenn der Lehnsbesitzer gewisse Lehnsschulden bezahlt, ohne dazu schuldig gewesen zu sein[19]); 3. wenn ein Dritter, der zu dem Gläubiger oder Schuldner in keinem Rechtsverhältnisse steht, für Jemand eine Schuld bezahlt[20]);

12a) Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 237.

13) Ueber die Vereinigung der sich widersprechenden §§. 397 u. 407, 413, s. Uebergang der Ford. §. 26, Nr. II. — Pr. 193, vom 25. März 1837 (Entsch. II, 332), und Pr. 1537, vom 2. Juni 1845 (Entsch. XII, 204).

14) I, 16, §§. 126—129.

15) Entsch. des Ober-Trib. Bd. II, S. 335, und Bd. IV, S. 70. Dazu jedoch m. Beurtheilung der Entsch. S. 123.

16) I, 11, §§. 442, 443; I, 14, §. 339; I, 16, §. 50.

17) Die Beauftragung eines Dritten zur Verlautbarung der Cession, Seitens des Richters, ist ein Umweg. Kann der Richter zur Cessionsleistung Auftrag geben, so kann er auch die Cession selbst aussprechen, was doch offenbar kürzer ist.

18) I, 13, §. 338. Nach R. R. ist ausdrückliche Cession noch vorausgesetzt, doch nach dem Grundsatz entbehrlich. L. 57 D. de leg. I.

19) I, 18, §. 597.

20) I, 16, §. 46. Vergl. I, 21, §. 79. Hinsichtlich der accessorischen Rechte ist die Sache nicht klar, besonders wenn ein dinglich Berechtigter einen Hypothekenschuldner bezahlt (I, 20, §. 37), oder wenn ein Dritter solches thut. Die Praxis nimmt an, daß in dem letztern Falle der Zahlende nicht in die Hypothek eintrete, was doch nach dem jure subintrandi nicht ausgemacht ist. S. o. §. 502. Vergl. Note 2 zu §. 529.

4. bei dem Erbschaftskaufe [21]; 5. bei der Eviktionsforderung an einen mittelbaren Vormann [22]; 6. bei der Schenkung einer Forderung [23]. Dagegen ist eine ausdrückliche Cession erforderlich: a) wenn Jemand bei dem zum Grunde liegenden Geschäfte eine Forderung zu einer spätern Zeit zu cediren verspricht [24]; b) wenn eine Forderung (nomen) legirt ist (§. 828) [25].

6. Wirkungen.

§. 531.

a) Verhältniß zwischen Cedenten und Schuldner.

I. So lange der Cessionarius nicht in ein Rechtsverhältniß zu dem Schuldner getreten ist, geht den Schuldner die Cession als eine res inter alios acta nichts an, daher er nach wie vor an den Cedenten, als seinen Gläubiger, gültig zahlen kann [1]. Was der Cedent auf solche Weise gültig erhoben hat, muß er dem Cessionarius herausgeben [2]. II. Die Herstellung dieses Rechtsverhältnisses geschieht durch die Benachrichtigung des Schuldners von der Cession; mit derselben hört die Beziehung zwischen dem Cedenten und dem Schuldner auf [3]. Die zufällig erlangte Kenntniß hat diese Wirkung nicht [4], weil, so lange die Verabredung noch unvollzogen unter den Kontrahenten bleibt, davon beliebig wieder abgegangen werden kann. III. Die einer Cession beigefügte Bedingung hat die gewöhnlichen Wirkungen, d. h. bei

---

21) I, 11, §§. 454, 471. — L. 16 pr. D. de pactis (II, 14); L. 5 C. de her. vend. (IV, 39).

22) I, 11, §. 150. — L. 41 pr. u. §. 1 D. de evict. (XXI, 2).

23) I, 11, §. 378. — L. 33 C. de donat. (VIII, 54).

24) I, 11, §§. 376, 377. — Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 67 flg. — Anders nach L. 8, 9 C. de heredit. vel. act. vend. (IV, 39).

25) I, 12, §§. 288, 311. — Hyp.-Ordn. Tit. 2, §. 66. Ist bestritten worden. S. das Nähere in der Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 28. Das Ober-Trib. hat in der Halle'schen Sache Schaaf c. Beeck, nach dem Nichtigkeitsurtel v. 7. März 1840, die hier als die richtige hingestellte Meinung, aus den a. a. O. angeführten Gründen, angenommen. — Anders nach L. 18 C. de leg. (VI, 37).

1) I, 11, §. 413. — L. 3 C. mandati (IV. 35); L. 3 C. de novat. (VIII, 42); L. 4 C. quae res pignori (VIII, 17).

2) I, 11, §. 107. — L. 55 C. de procurat. (III, 3); L. 23, §. 1 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 7, §. 13 D. comm. divid. (X, 3).

3) I, 11, §§. 414—416. — L. 4 C. quae res pignori (VIII, 17).

4) Nur arglistige Verhandlungen dürfen nicht vorgehen. §. 417 d. T. — Ist wegen L. 17 D. de transact. (II, 15); L. 1, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1), nach G. R. streitig.

einer Resolutivbedingung gilt der Cessionarius, und bei einer Suspensivbedingung der Cedent, von Anfang bis zum Eintritt der Bedingung, dem Schuldner gegenüber, als der Berechtigte; die Bedingung bezieht sich bloß auf das Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionarius. Nur damit wegen Unsicherheit des zur Zeit Berechtigten dem Andern, bei dem künftigen Eintritte der Bedingung, der Gegenstand nicht entzogen werden möge, ist dem Schuldner positiv vorgeschrieben, daß er pendente conditione in das gerichtliche Depositum zahle[5]; thut er das nicht, so geschieht es auf seine Gefahr, für die künftige Zahlungsunfähigkeit des an sich rechtmäßigen Zahlungsnehmers haften zu müssen: die ursprüngliche Schuld ist und bleibt wirklich getilgt.

§. 532.

b) Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner.

I. Der Cessionarius kann die auf ihn übertragene Forderung mit denselben Vorrechten und mit denselben Beschränkungen, wie der Cedent selbst würde haben thun können, geltend machen, in sofern nicht von Befugnissen, die der Person des Cedenten, allgemein für alle seine Rechtsverhältnisse, beigelegt sind, Rede ist[6], weil diese nicht mit dem abgetretenen Forderungsrechte in Verbindung stehen. Dergleichen allgemeine Bevorrechtigungen sind: 1. die Sportelfreiheit und der nun aufgehobene privilegirte Gerichtsstand des Fiskus[7]; 2. die gutsherrliche Befugniß, unstreitige Zinsen durch das Dorfgericht beitreiben zu lassen[8]; 3. das fiskalische Exekutionsrecht[9]; 4. das Exekutionsrecht der gerichtlichen General-Depositorien, hinsichtlich der Zinsen[10]; 5. die Begünstigungen des Fiskus und der privilegirten Korporationen bei der Verjährung[11]; 6. die fiskalische Appellations-

---

5) I, 11, §§. 418, 419. Die Art der Deposition richtet sich nach dem Gegenstande. I, 14, §. 96 flg.; I, 16, §. 234; I, 11, §. 218.

6) I, 11, §§. 402, 403, 408, 407. — L. 177, 175, §. 1, L. 143, L. 156, §. 2 D. de reg. jur.

7) I, 11, §. 404; A. G. O. I, 50, §. 413.

8) II, 7, §. 484. Dieses Recht ist mit der Aufhebung aller aus der Gutsherrlichkeit entsprungenen Rechte für erloschen zu erachten. Ges. vom 2. März 1850, §. 2 u. 5. Staatsgr. G. Art. 42.

9) Verordn. vom 26. December 1808, §§. 4, 14, 41 (G. S. 1806/10. S. 679).

10) Depos.-Ordn. Tit. 1, §. 53; Tit. 2, §§. 352, 353.

11) I, 9, §§. 636—639.

und Revisionsfrist [12]); 7. die landschaftlichen Berechtigungen; 8) die den Korporationen und manchen andern juristischen Personen beigelegten Befugnisse hinsichtlich der Einziehung ihrer Gebührnisse [13]). Zu dieser Art von persönlichen Rechten gehört also z. E. nicht die durch die Forderung einer gewissen Person aus einem gewissen Rechtsverhältnisse bedingte Prozeßform, z. B. der Mandatsprozeß wegen Gebühren der Rechtsanwalte. Werden solche Gebührenforderungen cedirt oder durch Zahlung auf einen Dritten übertragen: so kann und muß der Cessionarius die Mandatsklage anbringen, weil diese Befugniß als eine mit der Forderung selbst verbundene, und nicht als eine an die Person des Berechtigten geknüpfte, anzusehen ist [14]). II. Diese allgemeinen persönlichen Berechtigungen kommen den damit Begünstigten auch in der Eigenschaft als Cessionarien, hinsichtlich der an sich gebrachten Forderungen, zu statten, in soweit nicht dadurch die Lage des Schuldners erschwert wird, wie namentlich mit dem fiskalischen Exekutionsrechte der Fall sein würde. Dagegen können dergleichen Berechtigte von den Vorrechten, welche den ihnen ursprünglich zustehenden Forderungen beigelegt sind, bei den mittelbar erworbenen Forderungen nicht Gebrauch machen [15]). III. Bei der wesentlichen Veränderung der Natur der Cession in eine Uebertragung eines Rechts der Substanz nach auf einen Andern, müßte folgerecht, wie bei jeder Singularsuccession, jeder aus der Person des Vorgängers hergenommene Anfechtungsgrund unzulässig sein [16]). Diese Folge ist durch positive Satzung abgewendet: der Schuldner soll dem Cessionar alle Einwendungen und Gegenforderungen aus der Person des Cedenten entgegensetzen dürfen [17]), ausgenommen: a) wenn er den Cessionar ausdrücklich und in der Absicht, das alte Schuldverhältniß aufzuheben (zu noviren) [17a]), für seinen Gläubiger wegen der bestimmten Forderung rechtsverbindlich an-

---

12) V. vom 14. Dezbr. 1833, §. 21 (G. S. S. 307).

13) II, 6, §§. 64, 65; II, 8, §. 130; Städte-Ordn. v. 1808, §. 56.

14) Reskr. vom 10. Dezbr. 1836. (Jur. Wochenschr. 1837, S. 118).

15) I, 11, §. 406. Vergl. Pr. 85, vom 13. April 1835. — L. 6 pr. D. de jure fisci (XLIX, 14).

16) Nach der ursprünglichen Natur der Cession waren die Einwendungen von selbst gegeben, indem der Cessionar als Prokurator nur die Person des Cedenten vorstellte, mochte er als ausdrücklich bestellter procurator in rem suam, oder suo nomine mit einer utilis actio klagen.

17) I, 11, §§. 407, 408, 735, 736.

17a) Pr. 1368, vom 11. Novbr. 1843. Vergl. u. §. 541, Nr. 3.

erkannt hat[18]; b) wenn der Gegenstand eine Hypothekenforderung ist, und aus dem Hypothekenbuche oder dem Instrumente keine Einwendungen ersichtlich[19]) oder dem Cessionar vor der Cession von dem Schuldner bestimmt kund gegeben[19a]) sind, welche Ausnahme sich jedoch nur auf die Hypothekenklage oder die subjektiv-dingliche Schuld bezieht; denn die daneben noch vorkommende persönliche Schuld und deren Erlöschung ist von dem Hypothekenbuche ganz unabhängig[20]). Außer diesen beiden Ausnahmen sind alle aus der Person des Cedenten hergenommene Einreden, sie mögen sich gründen worauf sie wollen, zulässig, unter der Voraussetzung, daß der Grund dazu schon vor der Cession, oder vielmehr vor der Begründung des Verhältnisses zwischen Cessionar und Schuldner, vorhanden gewesen, wozu bei dem Einwande der Kompensation namentlich auch die Fälligkeit der anzurechnenden Forderung vor jenem Zeitpunkte gehört[21]). Bei der Cession einer, durch Gegenleistung bedingten Forderung (aus einem zweiseitigen Rechtsverhältnisse) aber wird der Schuldner seiner Einwendungen wegen später eingetretenen Mangels gehöriger Erfüllung von Seiten des Cedenten, durch sein Anerkenntniß des Cessionars

18) I, 11, §. 412. Die Anerkennung bloß der Cession, oder die Unterschrift des Schuldners unter der Cession, hat nach den Regeln über Schließung von Rechtsgeschäften (hier Novation) diese Wirkung nicht, aber es genügt eine einseitige, schriftliche, von dem Cessionar auch nur stillschweigend acceptirte Erklärung. Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 6. Dezbr. 1847 (J. M. Bl. 1848, S. 121).

19) I, 20, §§. 423—426. — Anh. z. A. L. R. §. 53. Es genügt auch zur Kompensation nicht, daß dem Cessionar der Gegenanspruch bekannt gewesen, dieser muß mindestens schon bestimmt als Tilgungsmittel dem Cessionar vor der Cession bezeichnet worden sein. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIII, S. 278. S. oben Bd. I, S. 668.

19a) Anh z. A. L. R. §. 53. Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib., den 20. Februar 1849, in Sachen Zillmann c. Burchardt, 819/3255 III, 48. Der App. Richter hatte wegen §. 739, I, 11 und §. 424, I, 20, A. L. R. den Einwand der Kundmachung für unerheblich erklärt. Deshalb vernichtete das Ober-Trib. das App. Erkenntniß. S. auch Entsch. Bd. XIII, S. 278.

20) Lehre vom Uebergange rc. §. 34, Nr. I, 2. — Dieses ist nun auch von dem Ober-Trib. durch ein Nichtigkeitsurtel vom 22. Febr. 1840 (Pr. 815) für richtig erklärt worden. Sonderbarerweise bemerken die Herausgeber der Entsch. des Ober-Trib. dabei, ich hätte am angeführten Orte eine andere Meinung geltend gemacht. Entscheid. Bd. V, S. 373. Das ist ein Versehen. Fünf Seiten lang habe ich dort mit sehr bestimmten Ausdrücken zu beweisen gesucht, daß die Fortdauer der persönlichen Schuldverbindlichkeit nicht an die Eintragung gebunden, und die Erlöschung nicht durch die Löschung im Hypotheken-Buche bedingt sei.

21) Angenommen von dem Ober-Trib. in dem Präjud. vom 23. April 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 359). Das bezieht sich aber nicht auf die Gegenleistungen bei dadurch bedingten Forderungen: solche Gegenleistungen kommen zur Berücksichtigung, wenn sie auch erst nach der Bekanntmachung fällig werden. S. o. §. 526.

nicht verlustig, denn das Anerkenntniß geht nur auf Annahme des Cessionars als gegenleistenden oder nur durch richtige Gegenleistung berechtigt werdenden Kontrahenten an Stelle des ursprünglichen, und somit auf Verzicht der damals schon gegebenen Einreden. Bei einer bedingten Forderung aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, welches noch nicht durch wechselseitige Erfüllung erledigt ist, versteht sich bei dem Anerkenntnisse der Cession des Einen Seitens des Andern die Erwartung der noch bevorstehenden Gegenleistung von selbst. Denn das Rechtsverhältniß wird nicht verändert, es tritt nur eine andere Person ein, so daß der Einwand, daß nicht vollständig oder gehörig geleistet sei, wesentlich nur die Verneinung des Eintritts der Bedingung bleibt. In keinem Falle kann diese Einrede deshalb, weil sie eine Aufhebung oder Verminderung der cedirten Forderung in Folge des anzuschlagenden Interesses des Andern (debitoris cessi) bewirken kann, unter den Begriff von Kompensationen gebracht werden. (S. o. §. 526, I, 1.) Aus der Person derjenigen Zwischen-Cessionare, welche nicht durch Benachrichtigung in ein Verhältniß zu dem Schuldner getreten sind, kann wegen Mangels eines solchen Verhältnisses kein Einwand hergenommen werden[22]. Die zulässigen Einwendungen können auch in Form der Wiederklage geltend gemacht werden, doch nicht über den Betrag der Forderung[23]. IV. Daß der Cessionar auch aus seiner eigenen Person Einwendungen gestatten muß, folgt nach heutigem Rechte von selbst daraus, daß er für den Eigenthümer der Forderung (Gläubiger) angesehen wird. Aber aus dem Verhältnisse desselben zu dem Cedenten kann der Schuldner keine andern Einreden hernehmen, als welche die Berechtigung zur Einforderung (Legitimation) vernichten, wie. z. E. Fälschung der Cessionsschrift oder Willensunfähigkeit des Cedenten, nicht aber den Einwand der Simulation, da für den Schuldner der Auftrag des Gläubigers zur Einhebung der Forderung in jeder Form genügt, daher die Einrede eine exceptio de jure tertii ist, es wäre denn, daß der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger anerkannt hätte, und es darauf ankäme, ob Jener Diesem Einwendungen und Gegenforderungen,

---

22) I, 16, §§. 313–319.

23) A. G. O. I, 19, §§. 7, 8, 19. — Vergl. L. 33, §. 3; L. 34, 35, 70 D. de procur. (III, 3).

die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegensetzen kann[24]).

§. 533.

c) Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar.

I. Der Cedent muß den Cessionar mit der erforderlichen Legitimation bei dem Schuldner und mit den vorhandenen Beweismitteln versehen, ihm auch in dem Prozesse gegen den Schuldner, auf Verlangen, beistehen[1]), nicht weniger dasjenige, was er nach der Zeit der Cession auf die Forderung erhoben hat, an ihn ausliefern (§. 531, Note 2). Was der Cessionarius gegenzuleisten hat, ist nach dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zu bestimmen. Von der Gegenleistung ist die Wirksamkeit der Cession so wenig, wie die der Uebergabe abhängig, wenn dieserhalb nichts vorbedungen ist. Im Allgemeinen muß der Cedent die gegen Vergeltung cedirte Forderung gewähren. Dazu ist auch ein Exequendus gehalten, wenn dessen Gläubiger durch den Richter eine Forderung im Wege der Exekution überwiesen wird, weil dieses Geschäft nach den Regeln von der Angabe an Zahlungsstatt beurtheilt wird[2]). Durchaus irrig ist es, diese Ueberweisung für eine nothwendige[3]) Cession im rechtlichen Sinne zu halten. II. Die Forderung gewähren, heißt ursprünglich für die Richtigkeit haften[4]), indem die analoge Anwendung des Begriffs der Evictionsleistung, d. h. der Haftung dafür, daß dem

---

24) Angenommen v. IV. S. des Ober-Trib. am 6. Decbr. 1848 in Sachen Hirsch c. Rammin, $^{409}/_{772}$, 48, Präj. 2074. S. auch Präj. 1654, vom 8. December 1845.

1) I, 11, §§. 395, 124—126. — I, 2, §§. 62, 63.

2) I, 11, §§. 376, 380; I, 16, §. 263. Darnach kommen, wenn Forderungen in Zahlung gegeben werden, die Grundsätze wie zwischen Cedenten und Cessionario zur Anwendung, und diese bestimmen sich wieder nach dem zum Grunde liegenden Geschäfte. I, 11, §. 381. — Pr. 2012, vom 26. April 1848.

3) Im rechtlichen Sinne nothwendig ist die Cession nur in den Fällen, wo Jemand durch eine für einen Andern geleistete Zahlung, von Rechtswegen (ipso jure), in die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt. I, 11, §. 442. S. oben §. 529, Nr. I. Das Min.-R. vom 24. Februar 1831 (Ergänz. zu I, 11, §. 444), welches einen Exequendus deswegen, weil die Ueberweisung eine solche nothwendige Cession sei, von jeder Haftung aus der Angabe an Zahlungsstatt freispricht, beruht sonach auf einem vollkommenen Mißverständnisse. Ueberhaupt ist es nicht leicht einzusehen, wie über dergleichen Fragen durch Briefe der Aufsichtsbehörde entschieden werden mag. S. das in der vor. Note allg. Pr. 2012.

4) L. 4, 5 de D. hered. vel act. vend. (XVIII, 4); L. 74, §. 3 D. de evict. (XXI, 2).

Erwerber die Sache nicht aus Mangel an dem Rechte seines Vormannes entzogen werde, auf Forderungen, die doch keine solche Entziehung durch einen Dritten leiden, sich nur auf das Dasein des Rechts bezieht. Neuere haben jedoch auch die Grundsätze von natürlichen Fehlern analog auf die Einziehbarkeit der Forderung angewendet. Dieses haben die Verfasser des A. L. R. aufgenommen, und man versteht unter der Gewährleistung für eine Forderung die Haftung für die Richtigkeit und Einziehbarkeit (Verität und Bonität). 1. Für die Richtigkeit der Forderung, oder dafür, daß das cedirte Recht mit seinen versprochenen Eigenschaften, Vorzügen und accessorischen Rechten begründet und ohne entgegenstehende Einreden klagbar sei, haftet der Cedent in der Regel [5]; eine Ausnahme gilt: a) wenn die Cession aus einem nothwendigen Grunde von Rechtswegen eingetreten (fingirt) ist [6]; b) wenn die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten ist [7], was jedoch nicht gegen Vertretung schützt, wenn wissentlich eine ungegründete oder nicht dem Cedenten zustehende Forderung als zweifelhaft bezeichnet wird [8]; c) wenn die Gewährleistung ausdrücklich erlassen ist [9]; d) wenn die Forderung geschenkt oder vermacht ist [10]. Die Leistung des Cedenten besteht bloß in dem Ersatze der Schäden und Kosten, nicht auch in dem entgangenen Gewinne [11]. 2. Die Haftung für die Sicherheit, welche ihrer rechtlichen Natur nach eine subsidiarische Intercession ist und nach deren Grundsätzen behandelt wird, gilt für ein Naturale der Cession, versteht sich also immer von selbst, ausgenommen: a) wenn die Sicherheit als zweifelhaft angegeben worden ist; b) wenn die Forderung hypo-

---

5) I, 11, §. 420. — L. 5 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 20, §. 3 D. de liber. causa (XL, 12). — Es macht keinen Unterschied, daß die cedirte Forderung kraft eines Gesetzes ungültig war und dieses dem Cessionar bekannt sein mußte. Pr. 1808, vom 13. November 1846.

6) I, 11, §§. 442, 444. — L. 51 i. f. D. de peculio (XV, 1).

7) I, 11, §. 421. — L. 10, 11, 13 D. de hered vend. (XVIII, 4); L. 7 C. de evict. (VIII, 45).

8) §. 422 a. a. O. — L. 12 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4).

9) §. 421 a. a. O. — L 4, L. 5 D. eodem.

10) I, 11, §. 1083; I, 12, §. 409. — L. 18, §. 3 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 75, §§. 1, 2 D. de leg. I. S. unten §. 828, Nr. I, 3.

11) §§. 423—425, 162, 163, 155, 156 a. a. O. Das Ober-Trib. drückt ieß in seinem Pr. 1701, vom 11. Februar 1846 so aus: der Gegenstand der Gewährleistung kann nicht über den Betrag der Valuta ausgedehnt werden. — I, 7, §§. 11, 15. Anders nach G. R., wonach das Interesse zu leisten ist. L. 5 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4).

thekarisch eingetragen ist; c) wenn die Forderung unter den Nominalwerth verkauft worden und keine Wechselforderung ist[12]. Wird in diesen Fällen die Gewährleistung dennoch zugesagt, so ist zwischen diesem Accidentale und dem sonst regelmäßigen Naturale des Vertrags, in Absicht der Wirksamkeit, gar kein Unterschied[13], weil in beiden Fällen die Verbindlichkeit eine vertragsmäßige ist und überhaupt auch die Entstehungsart auf die rechtliche Natur einer entstandenen Verbindlichkeit keinen Einfluß hat. Von selbst versteht sich, wenn nicht ein Anderes ausbedungen worden, daß nur dafür, daß die Forderung zur Zeit der Cession einziehbar sei, eingestanden wird; später, ohne Zuthun des Cedenten, eintretende Veränderungen treffen den Cessionarius[14]. Es gilt aber die Vermuthung, mithin muß der Cedent durch Gegenbeweis widerlegen, daß, wenn der Schuldner bis zum Verfalltage in Konkurs verfällt, die Zahlungsunfähigkeit schon zur Zeit der Cession vorhanden gewesen[15]. Haftet der Cedent nicht für zufällig eintretende Zahlungsunfähigkeit, so haftet er noch weniger, wenn der Cessionarius saumselig ist. Dieser muß bei der Einziehung für ein geringes Versehen haften bis dahin, wo er dem Cedenten das Ausbleiben der Zahlung anzeigt, von wo an er nur noch für ein mäßiges Versehen einsteht[16]. Das hat den Sinn, daß, wenn eine solche Saumseligkeit vorgekommen ist, jene Vermuthung aufgehoben wird und der Cedent nicht erst noch den Beweis der Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Cession zu führen nöthig hat; vielmehr dem Cessionarius der Beweis obliegt, daß durch seine Säumniß kein Nachtheil entstanden, d. h. daß der Schuldner schon zur Zeit der Cession zahlungsunfähig gewesen. Tritt der Fall der Gewährleistung ein, so giebt der Cedent das Empfangene zurück und erstattet Schaden und Kosten[17]. Der Anspruch ist erst dann

---

12) I, 11, §§. 427 bis 430, 1083. — II, 8, §. 831. A. D. W. O. Art. 50, 51.

13) Einen solchen hatte das Ober-Trib., nach Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 162 und Bd. IV, Nr. 6 und 7, behauptet, ist davon jedoch später, nach dem Plenarbeschl. v. 19. Dezbr. 1837, wieder zurückgekommen. Entsch. Bd. I, S. 315.

14) I, 11, §§. 431, 433. Auch nach G. R. Bei betagten oder bedingten Forderungen wird nicht auf den Verfalltag gesehen. §. 436 das.

15) I, 11, §. 436.

16) Ebend. §§. 432, 434, 435, 438. Entscheid. des Ober-Trib., Bd. X, S. 371.

17) §§. 440, 441 a. a. O. — Der Fall wird der **actio redhibitoria** analog behandelt. Soll der Cedent auch den Nominalwerth und die Zinsen ersetzen,

begründet, wenn der Cessionarius vergeblich versucht hat, die Forderung durch richterliche Hülfe beizutreiben. Davon macht die Praxis zwei Ausnahmen: a) wenn der Cessionarius nachweiset, daß gegen den Schuldner bereits in andern Sachen Exekutionsvollstreckungen erfolglos versucht worden sind, alsdann soll er ohne vorgängige Aufkündigung und Ausklagung auf den Cedenten zurückgehen können [18]; b) wenn für die Sicherheit einer cedirten Hypothekenforderung Gewährleistung versprochen worden ist, so soll der Cessionar sogleich nach Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek den Cedenten in Anspruch nehmen können, ohne vorher noch den persönlichen Schuldner belangen zu müssen [19]. III. Die Klagen wegen der Gewährleistung haben nach der Verschiedenheit des Falles eine verschiedene Dauer. Ist Unrichtigkeit der Grund des Anspruchs, so ist es wie bei der Gewährleistung wegen juristischer Mängel [20]; ist nur ein Ausfall wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu ersetzen, so kommt die wegen physischer Fehler vorgeschriebene kurze Verjährung zur Anwendung [21]; soll der Cedent die ganze Forderung nach dem Nennwerthe sammt Zinsen erstatten, so ist die Bürgschaftsklage gegeben; ist Betrug vorgefallen, so kann darauf die Klage gegründet werden.

§. 534.

7. Passive Cession.

Auf die nämliche Weise, wie bei der aktiven Cession der Cessionarius, nach R. R., durch die Litisdenunziation in ein Verhältniß zu dem Schuldner trat, konnte auch für den Schuldner eine andere Person, dem Gläubiger gegenüber, in ein Schuldverhältniß eintreten [1], was gewöhnlich in solchen Fällen geschah, wo der Schuldner wegen eines ihm zustehenden Regresses Vertretung for-

---

was von der Verabredung abhängt; so ist es eine Intercession. Eine solche Verabredung geht nicht gegen Verbots- oder Wuchergesetze, auch finden auf den Fall dieser Uebereinkunft die in den §§. 425, 440, I, 11 A. L. R. enthaltenen Grundsätze keine Anwendung. Sache Burchardt c. v. Versen, $^{828}/_{281}$ III, 48.

18) Pr. 639, vom 8. März 1839. Ist folgerecht.

19) Pr. 2032, vom 9. Juni 1849. Ist sehr zweifelhaft. Nicht die Hypothek sondern die Forderung ist der Gegenstand des Handels.

20) Drei Monate vom Tage der erlangten Kenntniß. I, 5, §. 344.

21) Ebend. §. 343. Aus diesen beiden verschiedenen Beziehungen werden die sehr verschieden verstandenen beiden §§. 343 und 344 klar.

1) L. 11 pr. §. 1 D. de novation. (XLVI, 2).

dern konnte[2]). Ein solches Eintreten in die passive Obligation hieß suscipere obligationem[3]). Dadurch wurde das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner hier eben so wenig wie bei der aktiven Cession verändert: der Eingetretene war ein procurator in rem suam, übernahm für eigene Rechnung die Sache und erstattete dem Auftraggeber die Kosten. Diese passive Cession findet sich noch jetzt, und zwar unverändert, im Pr. R.; sie wird durch die Litisdenunziation oder Intervention vermittelt[4]). Dem Kläger entsteht daraus kein Nachtheil, daher er sich das Eintreten des Litisdenunziaten gefallen lassen muß. Dieser muß, wenn er die Sache, dem Beklagten gegenüber, übernimmt, ihm alle Kosten erstatten[5]) und den Gegner befriedigen. Der Kläger kann das obsiegliche Urtel gegen Beide vollstrecken lassen; nimmt er jedoch den Litisdenunziaten ausdrücklich für seinen Gegner an und erklärt er, daß er den Beklagten ganz außer Anspruch setze, so wird der Beklagte befreit und scheidet völlig aus[6]).

B. Assignation.

I, 16, §§. 251–299. — Die aufgehobenen Bestimmungen II, 8, §§. 1251, 1261–1304. — M. Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte ꝛc. S. 226 und flg. — Heinr. Cocceji de assignationibus, Frf. 1703, 4; in exercitt. Vol. II, No. 23, auch in Besecke, Thesaur. jur. camb. P. III, No. 66. — Harpprecht, de assignatione nominis, Tub. 1703, 4; in ej. Disput. Tom. II, No. 56.

§. 535.

1. Begriff und Form.

I. Die Anweisung (Assignation) in der heutigen Beschaffenheit ist ein Rechtsgebilde der Praxis; dem R. R. ist die Sache nur als Mandat[1]) oder als Dienstmiethe[2]) bekannt. Man ver-

---

2) L. 42, §. 2 sqq. D. de procurat. (III, 3); L. 22, §. 2, L. 10, §. 12 D. mandati (XVII, 1); L. 66, §. 2 D. de evict. (XXI, 2).

3) Z. E. L. 45 pr. D. mandati (XVII, 1).

4) A. G. O. I, 17, §§. 29, 33.

5) A. G. O. I, 23, §. 17.

6) A. G. O. I, 17, §. 30. Der ausgeschiedene Beklagte kann nicht mehr angegriffen werden, wenn auch der Prozeß verloren geht.

1) L. 12, §. 5, L. 22, §. 8, L. 26, §. 1, L. 34 pr., L. 45, §§. 4, 7 D. mandati (XVII, 1).

2) L. 31 D. locati conducti (XIX, 2).

steht darunter heutzutage einen Auftrag, wonach Jemand an eine in dem Auftrage genannte Person eine gewisse Menge fungibler Sachen, auf Rechnung des Auftraggebers, dazu überliefern soll, damit der Empfänger für sich darüber verfüge[3]). Der Auftrag ergeht an zwei Personen: an die Eine, Zahlung zu leisten (Assignat), an die Andere, Zahlung zu empfangen (Assignatarius). Man unterschied sonst kaufmännische Assignationen von gemeinen; das Institut der kaufmännischen Assignationen aber ist aufgehoben[4]). Das wesentliche Unterscheidungszeichen der Ersteren war ihr eigenthümlicher Charakter als der eines in Cirkulation gesetzten kaufmännischen Papiers, durch welches der Ausgeber, ohne Rücksicht auf sein Verhältniß zu dem ersten Empfänger, jedem dritten Inhaber, nach Analogie der für Wechsel geltenden Regeln, verhaftet ward (§. 635). II. Kaufmännische Assignationen mußten, gleich Wechseln, immer schriftlich gegeben und angenommen werden[5]); bei gemeinen Assignationen genügt in Fällen, wo überhaupt die schriftliche Vertragsform nicht erforderlich ist, Mündlichkeit. Die Assignation muß ausdrücken: wer Zahler (Assignat), wer Empfänger (Assignatarius, Angewiesener) sein soll, wieviel zu zahlen ist, und wer die Anweisung giebt (Assignant, Anweisender)[6]). Bezieht sich die Anweisung auf eine Schuld des Assignaten an den Assignanten, so muß dem Assignatarius, zu seiner Legitimation, auch die darüber lautende Urkunde ausgehändigt werden; zur Gültigkeit des Geschäfts ist es in der Regel nicht erforderlich[7]).

§. 536.

2. Verhältniß zwischen Assignanten und Assignatar.

I. An sich begründet die Ertheilung einer Anweisung kein Verhältniß zwischen dem Geber und Empfänger; sondern sie ist ein

---

3) Daß der Zahlende Schuldner des Auftraggebers sei, ist kein Erforderniß. Der §. 251 d. T. bezieht sich nur auf diesen Fall, ohne ihn für den Einzigen zu erklären. M. s. §. 259 das.

4) Gesetz betr. die Einführung der Allg. Wechselordnung für Deutschland, vom 15. Februar 1850, §. 9.

5) I, 16, §. 253; II, 8, §§. 1289, 1290.

6) I, 16, §. 251; II, 8, §. 1267. Eine Firma kann als Assignant den Inhaber der Firma persönlich als Assignatar bezeichnen. Pr. des Otr. v. 15. April 1850 (Entsch. XIX, 199). Falls dieser alleiniger Inhaber ist, läßt sich daran zweifeln.

7) I, 16, §§. 254, 255. Eine Ausnahme macht eine Schuld, welche aus einem auf den Inhaber lautenden Instrument entspringt: dieses muß ausgehändigt werden. §. 293 a. a. O.

thatsächlicher Versuch, dem Empfänger den angewiesenen Gegenstand zu verschaffen. Der Empfänger kann daher auch ganz nach Willkühr die Anweisung dem Geber zurückstellen, ohne davon Gebrauch zu machen[8]); nur muß er darüber keine Zeit vergehen lassen. Ebenso steht dem Geber der willkührliche Widerruf frei, so lange noch nichts weiter geschehen ist[9]). Einen juristischen Charakter nimmt die Anweisung erst durch einen der folgenden Umstände an: 1. wenn der Empfänger die Anweisung von dem Geber in Folge eines gewissen Rechtsgeschäfts erhalten, z. E. gekauft hat: 2. wenn der Empfänger Gläubiger des Gebers ist und die Anweisung als Zahlung annimmt. Daß er dieses gethan habe, wird außer dem Falle einer wörtlichen Erklärung angenommen: wenn er dem Geber quittirt und das Instrument zurückgiebt[10]), Welchen bestimmten Charakter das Geschäft nun erhalten soll, hängt davon ab: ob die Assignation auf eine bei dem Assignaten ausstehende Forderung des Assignanten lautet, oder ob der Assignant von dem Assignaten nichts zu fordern hat. In dem erstern Falle ist die Assignation eine Cession geworden[11]), in dem andern Falle wird das Weitere durch die Erklärung des Assignaten bestimmt. Nimmt dieser die Anweisung an, so ist eine Intercession zu Stande gekommen[12]); weist er sie zurück, so bleibt das Geschäft zwischen dem Geber und Empfänger in den Grenzen des Mandats. In beiden Fällen, wenn der Assignat nicht bloß die Assignation annimmt, sondern auch den Inhaber für seinen Gläubiger anerkennt, schlägt das Geschäft in eine Delegation um[13]). 3. Wenn der Empfänger es übernimmt, die Assignation einzuziehen, was anzunehmen ist, wenn er die ihm zugestellte Assignation nicht sobald wie möglich zurückgiebt. Dadurch ist zunächst ein Mandatsverhältniß zwischen dem Geber und dem Empfänger eingetreten. II. Dem Empfänger liegt nun ob, die angewiesene Summe mit allem Fleiße, ohne Säumniß, einzufordern. Versäumt oder ver-

---

8) Nach G. R. streitet man darüber in dem Falle, wenn der Empfänger Gläubiger des Gebers ist.

9) §§. 275, 276 a. a. O.

10) I, 16, §§. 262, 267. Das Eine ohne das Andere genügt nicht, weil dann die Handlung zweideutig bleibt. S. die verschiedenen Meinungen darüber: Uebergang der Ford. §. 43.

11) I, 16, §. 262. Vergl. I, 11, §§. 376, 377.

12) I, 16, §§. 259, 260.

13) Ebend. §§. 264—266. Vergl. II, 8, §§. 1263, 1265.

sieht er dabei Etwas, so muß er den daraus folgenden Schaden ersetzen und selbst die Forderung erstatten (das periculum nominis tragen), wenn der Assignat über die Säumniß zahlungsunfähig geworden ist; mehr folgt nicht, namentlich folgt nicht der unbedingte Verlust des Regresses[14]). Die Mora wird für dargethan erachtet, wenn der Assignatarius nicht binnen der bestimmten Frist die Assignation vorzeigt und Zahlung fordert[15]), oder wenn er, im Falle die Annahme verweigert wird, davon dem Anweisenden nicht sofort, d. h. binnen 24 Stunden, Nachricht giebt[16]), oder wenn er bei ausbleibender Zahlung nicht ebenso verfährt[17]). Versäumt der Assignatarius seine Obliegenheiten, oder giebt er über die gesetzliche Nothwendigkeit Nachsicht, oder läßt er sich mit dem Assignaten in Verhandlungen ein, wodurch er hingehalten wird[18]); so erwirbt er dadurch die angewiesene Forderung wie durch Cession, und der Assignant haftet nur noch als Cedent für die Sicherheit, unter der gewöhnlichen Voraussetzung, daß der Assignatarius nichts versehen hat[19]). Der Assignatar ist befugt, im Nichtzahlungsfalle sogleich gegen den Assignaten, aus der Acceptation, Namens des Assignanten, zu klagen und Diesem davon Nachricht zu geben[20]). III. Der Assignatar hat gegen den Assignanten, aus dem übernommenen Auftrage, wegen Schäden und Kosten die Rechte eines Mandatars, und hinsichtlich der der Assignation zum Grunde liegenden Sache kommt das Verhältniß, bei ausbleibender Zahlung und wenn der Assignatar seine Schuldigkeit gethan hat, wieder in die ursprüngliche Lage[21]). IV. Ueberträgt

---

14) I, 13, §. 49 flg. — Vergl. **Gottschalk**, Disc. for. T. II, cap. 18, p. 237, 241. — **Kori** und v. **Langenn**, über die Regreßnahme bei nicht bezahlten Assignationen; in deren Erört. praktischer Rechtsfragen, Th. I, Abh. 9.

15) I, 16, §§. 277—279. Vergl. II, 8, §§. 1269—1272.

16) I, 16, §. 280. — II, 8, §§. 1273—1276.

17) I, 16, §. 285. — II, 8, §. 1280.

18) Das ist es was I, 16, §. 289 unter „neuen Verbindungen" gemeint wird. **Stryck**, de jure assignationis (in ej. Diss. Hal.) §. 34; auch im Usus mod. XVIII, 4, §. 47.

19) I, 16, §§. 289, 290. Die Bestimmung des §. 289: „so geschieht es auf seine Gefahr, und er verliert den Regreß an den Anweisenden", bezieht sich auf die Forderung des Assignatars an den Assignanten, welche mittelst der Anweisung getilgt werden sollte. Der Assignatar gilt nun dieserwegen für befriedigt. Dafür tritt er aber in das Verhältniß eines Cessionars zu dem Cedenten, beziehlich auf den Assignanten.

20) I, 16, §§. 285—288.

21) I, 16, §§. 287, 298, 299. — II, 8, §§. 1283—1287.

der Assignatar die Assignation auf einen Andern, so liegt darin, beziehlich auf ihn selbst, ein Auftrag, aus welchem zwischen ihm und dem Cessionar eben dieselben Rechtsverhältnisse entstehen, wie zwischen ihm und dem Aussteller der Assignation, der Cessionar ist mithin nicht verpflichtet, die angewiesene Summe gegen den Assignaten auf Grund der Acceptation auszuklagen, sondern kann bei ausbleibender Zahlung sogleich seine Forderung gegen den Cedenten geltend machen[22]; — und beziehlich auf den Aussteller eine Substitution, daher er dem Assignanten für die Versehen des Substituten (Indossatars) haftet[23]. Es versteht sich hiernach von selbst, daß durch solche Uebertragung der Anweisung die Forderung des Assignatars gegen den Assignanten, zu deren Berichtigung die Anweisuug führen sollte, in keinem Falle auf den Cessionar der Anweisung übergeht, und daß mithin Dieser, falls er die Anweisung nicht geltend machen will oder kann, jene Forderung von dem Assignanten einzuziehen nicht berechtigt wird; er hat sich vielmehr lediglich an den Cedenten der Assignation zu regressiren[23a].

§. 537.

3. Verhältniß zwischen Assignatar und Assignaten.

I. Vor der Acceptation der Anweisung erscheint der Assignatar, dem Assignaten gegenüber, nur als ein Beauftragter des Assignanten zur außergerichtlichen Einziehung, und es ist dem Assignaten unverwehrt, mit dem Auftraggeber selbst die Sache abzumachen[24]. Zur Prozeßführung berechtigt die Assignation den Assignatar nicht, er gilt dabei nur für einen vermuthlichen Bevollmächtigten und muß eine förmliche Prozeßvollmacht nachbringen[25]. II. Nach der unbedingten Acceptation kann der Assignatar in eigenem Namen klagen, und zwar, wenn die Assignation auf eine bestimmte,

---

22) L. 28 D. de negot. gest. (III, 5). — Stryck, l. c. §. 48. — Pr. 1901, vom 16. August 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 155).

23) I, 13, §. 38. — L. 8, §. 3 D. mandati (XVII, 1); L. 21, §. 3 D. de negot. gest. (III, 5).

23a) Vergl. Pr. 2283, v. 30. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 185). Die Frage ist nicht zweifelhaft.

24) I, 16, §§. 259, 274. — II, 8, §. 1291.

25) I, 16, §§. 281, 283, 284. — II, 8, §. 1281. Die gemeinrechtlichen Juristen sind darüber verschiedener Meinung. Das A. L. R. hat die Stryck'sche Meinung, §. 42 l. c., angenommen.

bei dem Assignaten ausstehende Forderung des Assignanten lautet, mit derselben eigenthümlichen Klage, gegen welche dem Assignaten die Einwendungen unbenommen bleiben, falls er nicht die Anweisung ohne Vorbehalt angenommen hat[26]; wenn der Assignat dem Assignanten nichts schuldig war, mit der Expromissionsklage, gegen welche jedoch der Assignat, bei inmittelst eingetretener Insolvenz des Assignanten, die Einrede der veränderten Umstände hat[27]. An den Assignanten zu zahlen ist der Assignat nach der Acceptation nicht mehr befugt[28], auch ist der Einwand unstatthaft, daß Mehrere auf einen und eben denselben Gegenstand angewiesen worden und daß ein Anderer den Vorzug habe[29]; sowie der Einwand der mangelnden Legitimation auf Grund der Thatsache, daß der Assignatar die Summe für den Assignanten einziehe[30].

§. 538.

4. Verhältniß zwischen Assignanten und Assignaten.

I. Der Assignat, wenn er nicht Schuldner des Assignanten, ist nicht schuldig, sich auf die Assignation einzulassen; sonst aber muß er an jeden legitimirten Bevollmächtigten zahlen, mithin auch der Anweisung seines Gläubigers folgen, sofern dadurch nicht irgendwie mehr verlangt wird als er schuldig ist; verweigert er solches, so muß er dem Gläubiger das Interesse leisten[1]. Zu Stückzahlungen ist er nicht schuldig, daher er eine Anweisung auf einen Theil nur unter dem Vorbehalte, daß ihm die ganze Schuld am Zahltage abgenommen werde, anzunehmen braucht[2]. Der Assignant muß jedoch, um den Assignaten, wegen verweigerter Annahme, auf das Interesse belangen zu können, den Assignatar bei ihm gehörig, d. h. durch Benachrichtigung an ihn, durch eine schriftliche Assignation und durch Aushändigung der Schuldurkunde legitimiren[3]. Zur Rechtsgültigkeit gehört dies nicht;

26) I, 16, §§. 291, 266, 292, 314. — II, 8, §§. 1293, 1294. Die Beschaffenheit der Forderung bleibt jedoch unverändert; eine bedingte wird dadurch nicht unbedingt; bei einer Forderung aus einem wechselseitigen Vertrage, z. B. einer Pachtforderung, muß also der klagende Assignatar die Erfüllung von seiner Seite nachweisen, um die Forderung zu begründen.

27) I, 16, §. 259; I, 5, §. 378. Vorausgesetzt ist hierbei selbstverständlich immer eine an sich gültige Assignation. Pr. 784, vom 31. Decbr. 1839.

28) I, 16, §. 274. — II, 8, §. 1291.

29) I, 16, §§. 295, 296.

30) Pr. 2198, v. 12. April 1850 (Entsch. XX, 181).

1) Ebend. §§. 256, 257.

2) Verordnung vom 8. Februar 1811 (G. S. S. 150).

3) I, 16, §§. 258, 268, 269 und 299, 293, 294.

nimmt der Assignat ohne Benachrichtigung Seitens des Gläubigers die Anweisung an, so muß er, dem Assignatar gegenüber, zahlen, und dem Assignanten gegenüber ist er für den Schaden aus der Unvorsichtigkeit verantwortlich[4]). Der Assignat muß den ihm noch vor der Acceptation zugekommenen Widerruf der Assignation beachten[5]), gleich dem Widerrufe einer Vollmacht. II. Hat der Assignat Zahlung geleistet, und zwar ohne Rücksicht auf den Widerruf, so hat er gegen den Anweisenden nur die Rechte aus einer gegen ausdrückliches Verbot unternommenen Besorgung fremder Geschäfte[6]); ist die Vorschrift beobachtet, so wird der Assignat durch die Zahlung von seiner Schuld gegen den Assignanten frei[7]), wenngleich die Assignation auf das Schuldverhältniß nicht Bezug nehmen sollte; der Tilgungsgrund ist in diesem Falle nicht Kompensation mit einer Forderung aus einem andern Geschäfte, sondern Zahlung[8]). War der Zahler nicht Schuldner, so hat er die Klage aus dem Auftrage auf Schadloshaltung[9]). III. Die auf eigene Ordre des Ausstellers lautende Assignation ist ursprünglich eine Anfrage: ob ihm der Assignat auf die bestimmte Summe Kredit geben wolle; acceptirt der Assignat solche Anweisung, so ist ein pactum de credendo vel de mutuando geschlossen. Der Aussteller kann nun, ganz nach Belieben, die versprochene Summe entweder durch wirkliches Indossament auf einen wahren Assignatar übertragen, oder durch einen Bevollmächtigten, oder auch in Person erheben: der Assignat muß in allen diesen Fällen zahlen, sofern er nicht wegen veränderter Umstände sein Versprechen zurücknehmen darf[10]).

---

4) Ebend. §§. 270, 271, 273.

5) Ebend. §§. 274—276; II, 8, §§. 1291, 1292. — Ist nach G. R. streitig; nach einer Meinung ist der Widerruf nicht mehr zuläßig, sobald der Assignatar die Anweisung angenommen hat. So nach Oest. G. B. §. 1404.

6) I, 16, §. 276; I, 13, §§. 249—251.

7) I, 16, §. 30. — L. 64, 21 D. de solut. (XLVI, 3).

8) Schles. Arch. Bd. IV, S. 120.

9) I, 16, §. 260, 299. — L. 12, §. 9, L. 56, §. 4 D. mandati (XVII, 1); L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2).

10) Lehre vom Uebergange der Ford. §. 48, Nr. III. — Angenommen von dem Ober-Trib., nach dem Präjud. vom 22. Septbr. 1838. Entscheid. Bd. IV, S. 265.

§. 539.

5. Verhältniß zwischen Assignatar und Dritten.

I. Sind mehrere Anweisungen an verschiedene Personen auf eine und eben dieselbe Schuld gegeben, so hat derjenige Assignatar den Vorzug, dessen Assignation von Seiten des Assignaten zuerst angenommen worden ist; die später angenommenen Anweisungen geben den Inhabern nur einen Anspruch an den Assignaten aus dessen Accept (Intercession)[11]. Der Unterschied ist, daß der Erstere die Klage aus dem überwiesenen Rechtsverhältnisse, also auch das damit etwa verknüpfte Vorzugsrecht hat, die Uebrigen aber nur aus der Expromission klagen können. II. Die Assignation giebt, als ein Auftrag zur Einkassirung, ihrem Inhaber, bei eintretender Konkurrenz mit andern Gläubigern des Ausstellers, keinen Vorzug, so lange sie nicht in eine Cession übergegangen ist; die Acceptation des Assignaten ändert darin nichts. Entsteht also vor der Zahlung Konkurs über das Vermögen, so hört jede Beziehung zwischen den Interessenten auf[12]. Eine Ausnahme davon machen die auf die Bank für jeden Inhaber ausgestellten Anweisungen der Giro-Interessenten, bezüglich auf deren Guthaben im Giro: dergleichen, von der Bank acceptirte, Anweisungen dürfen und müssen an den Inhaber gezahlt werden, wenn auch nach der Acceptation Konkurs über den Aussteller ausbricht[13].

C. Novation.

I, 16, §§. 450 – 475. — M. Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte, S. 285 flg. — Kopp, über die Novation nach Römischem und Französischem Rechte. Hanau, 1811. Vergl. Heidelberger Jahrbücher V, S. 535.

A. Von der Novation überhaupt.

§. 540.

1. Begriff und Arten.

I. Die Novation ist ein Rechtsinstitut, welches zwar aus dem R. R. nominell mit übernommen worden, aber seinem Wesen

---

11) I, 16, §§. 295, 296. Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern ist darüber Meinungsverschiedenheit. — Das Vorrecht mehrerer Assignationen durch den Richter, im Wege der Exekution, bestimmt, nach dem Alter, der §. 15 und 21 der V. I, vom 4. März 1834 und §. 448 a. E. I, 50 der A. G. O.

12) A. G. O. I, 50, §. 40. — A. L. R. II, 8, §§. 1295, 1296.

13) K. O. v. 31. Januar 1841 (G. S., S. 29).

nach nicht mehr vorhanden ist; denn sie besteht in der Verwandlung irgend einer Obligation in einen formellen Kontrakt [1]), und die formellen Kontrakte sind nicht angenommen. Was in dem heutigen Rechte unter diesem Namen vorkommt, besteht in der Aufhebung eines obligatorischen Verhältnisses durch wechselseitige Uebereinkunft, und Abschließung eines neuen Konsensualkontrakts über denselben Gegenstand [2]). II. Die falsche Lehre einiger Neuern [3]) von der novatio cumulativa oder necessaria hat keinen Eingang in das Pr. R. gefunden, es novirt weder die Litiskontestation noch das rechtskräftige Urtel [4]), noch der Vergleich (§. 727, III, 1, b). Die Novation kann auf vierfach verschiedene Weise vorkommen, nämlich: 1. so, daß die Personen unverändert bleiben (novatio simplex) und zwar mit Veränderung der Art der Obligation, oder nur mit Veränderung einer Nebenbestimmung, oder mit Veränderung des Gegenstandes; oder 2. so, daß ein neuer Gläubiger an Stelle des ausscheidenden Alten eintritt; oder 3. so, daß die Person des Schuldners verändert wird (Delegation, Expromission); oder 4. so, daß auf beiden Seiten eine Personenveränderung vorgeht.

§. 541.

2. Erfordernisse.

Die Erfordernisse einer rechtsgültigen Novation sind: 1. eine bestehende Obligation von solcher Beschaffenheit, daß die darauf geleistete Erfüllung nicht zurückgefordert werden kann (obligatio naturalis) [5]). Eine betagte Obligation ist zur Novation geschickt, so daß die neue Obligation unbetagt wird [6]); nicht aber eine bedingte, vielmehr kann die auf Grund einer solchen zu

---

1) L, 1, 2 D. de novat. (XLVI, 2). — Gajus III, §§. 129, 130.

2) I, 16, §. 454. — Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 50.

3) J. E. Höpfner, Commentar, §. 987, Nr. 4, Glück, Commentar, VI, S. 204.

4) A. G. O. I, 24, §. 13 bestimmt ausdrücklich, daß es auf das ursprüngliche Verhältniß ankomme. Der scheinbar widersprechende §. 7, I, 16 bezieht sich auf irrig absprechende Urtel, welche nach der Regel: res judicata pro veritate accipitur, bestehen bleiben; der §. 821, I, 11 bezieht sich auf gar keinen juristischen Begriff.

5) I, 16, §§. 467, 468. — L. 1, §. 1 D. de novat. (XLVI, 2); §. 3 J. quib. mod. obl. toll. (III, 29 [30]).

6) I, 16, §. 168. — L. 5, 8, §. 1 D. de novat.

Stande gekommene Novation, wenn die Bedingung nachher wegfällt, wie eine in Erwartung des künftigen Eintritts der Bedingung geleistete Zahlung widerrufen werden[7]). 2. Eine gültige neue Obligation; ist sie ungültig, so bleibt die alte Obligation mit allen Accessorien bestehen[8]). Eine unklagbare Obligation genügt nicht[9]), wenn es nicht beabsichtigt worden ist, die Lage des Schuldners gerade dadurch zu verbessern. Hinsichtlich der Bedingung gilt nichts Besonderes: eine der neuen Obligation beigefügte Suspensivbedingung verwandelt die Alte in eine Obligation unter einer Resolutivbedingung; fällt die Bedingung weg, so bleibt es bei der alten Obligation[10]). Der sonst wesentliche Charakter der bei der Novation vorkommenden neuen Obligation, daß sie eben eine formelle ist und nie von anderer Art sein kann, fällt weg; man muß sich die Sache jetzt irgendwie als Konsensual- oder auch wol als Realkontrakt, z. E. datio in solutum, indem die neue Obligation zur Tilgung der Alten gegründet (gegeben) wird, denken[11]). 3. Die Absicht der Novation. Solche muß entweder durch Worte ausgedrückt werden oder daraus zu erkennen sein, daß die neue Verbindlichkeit so beschaffen, daß sie mit der Alten zugleich nicht bestehen kann[12]). Im Zweifel wird angenommen, daß beide Obligationen nebeneinander gelten sollen, namentlich nimmt man noch keine Novation an: a) wenn die neue Verabredung mehr oder etwas Anderes als die Alte enthält[13]); oder b) wenn bloß neue Urkunden ausgestellt und die alten zurück-

---

7) I, 4, §§. 154, 155; I, 16, §. 200. — L. 8, §. 1; L. 14, §. 1 D. eod.

8) I, 16, §§. 462, 464, 474. Wegen §. 175 s. Uebergang der Ford. §. 52, S. 310. — §. 3 J. quib. mod. obl. toll. (III, 29 [30]). — Gajus III, §. 176.

9) Anders nach L. 1, §. 1 D. de novat., wonach eine Naturalobligation hinreicht.

10) I, 16, §. 466. — L. 5, 8, §. 1; L. 14 pr. §. 1 D. de novat. — L. 36 de reb. cred. (XII, 1). — Ist aber die zur alten Obligation gehörige Hypothek gelöscht oder das Pfand zurückgegeben, so können diese accessorischen Rechte zum Nachtheile redlicher Dritter doch nicht wieder hergestellt werden. §. 475 d. T. S. dazu Lehre vom Uebergange rc., S. 310 flg.

11) Daraus ersieht man, daß eine eigentliche Novation nicht mehr vorkommen kann.

12) I, 17, §§. 454, 455. — L. 10 pr. D. de acquir. poss. (XLI, 2).

13) I, 16, §. 451. — L. 8 C. de novat. (VIII, 42).

gegeben werden[14]); oder c) wenn die Zahlungstermine anders bestimmt werden[15]), oder der Gegenstand verwechselt, z. E. Geld an Stelle von Naturalien gesetzt[16]), oder wenn die Schuld verzinslich gemacht, der Zinsfuß oder die Sicherheit verändert wird ([15]). 4. Einwilligung eines jeden Interessenten, welcher entweder Etwas aufgeben oder verbindlich gemacht werden soll. Die Befugniß zur Empfangnahme der Zahlung berechtigt nicht zur Novation. Daher kann ein Assignatar[17]), ein solutionis causa adjectus[18]), ein bloß zum Empfange der Zahlung Bevollmächtigter, ein mit der Administration seines Vermögens beauftragter Pflegebefohlener[19]) nicht noviren. Der Schuldner hat nur dann beizustimmen, wenn er nicht befreit wird; geschieht dies, so kann jeder Dritte ohne Wissen und Willen desselben für ihn noviren (expromittiren)[20]). 5. Die nach Beschaffenheit des Falles erforderliche Form.

§. 542.

3. Wirkungen.

Mittelst der Novation wird die alte Obligation von selbst, wie durch Zahlung, getilgt[21]). Korrealobligationen gehen durch die Novation auch nur eines Korreus, bezüglich auf Alle, unter[22]). Aus der gänzlichen Erlöschung der alten Obligation folgt einerseits, daß die gegen dieselben zugestandenen Exzeptionen nicht gegen die neue Obligation zulässig sind[23]), und andererseits, daß die accessorischen Rechte aus dem alten Verhältnisse wegfallen. 1. Die mit der alten Obligation, vermöge ihrer rechtlichen Natur, verbunden gewesenen Vorrechte können auch nicht einmal durch Ver-

---

14) §. 452 a. a. O. — L. 8 C. l. c. Die Praxis schwankte hier.

15) I, 16, §. 453. — L. 8 C. eodem.

16) Lehre von dem Uebergange rc. §. 50 a. E., S. 295.

17) I, 16, §§. 251, 261 flg. — L. 25 D. de novat.

18) L. 10 D. eodem.

19) II, 18, §. 734 — L. 25, L. 34 pr. §. 1, L. 20, §. 1 D. eod. — L. 27 pr. D. de pactis (II, 14).

20) I, 14, §§. 399, 400, 406. — L. 8 §. 5 D. de novat. — L. 91 D. de solut. (XLVI, 3); L. 1 C. de novat. (VIII, 42).

21) I, 16, §§. 454, 455. — L. 1, pr. D. de novat.

22) §§. 458, 460 a. a. O. — L. 31, §. 1 D. eod.; L. 20 D. ad. S. C. Vell. (XVI, 1). Nur müssen auf der Seite des Gläubigers wirkliche Korrei und nicht etwa nur Mitberechtigte stehen. §. 459 a. a. O. Vergl. oben §. 517.

23) I, 16, §. 467. — L. 12, 13, 19 D. de novat.

abredung der Parteien auf die Neue übertragen werden[24]), weil überhaupt Eigenschaften von einem Verhältnisse nicht zu trennen und daher nicht mit einem Andern zu verbinden sind. 2. Willkührliche Nebenbestimmungen, z. E. bezüglich auf Zeit und Ort der Leistung, auf Zinsen und Interessen, erlöschen zwar ebenfalls, doch können sie bei der neuen Obligation vorbehalten, d. h. auf gleiche Weise verabredet werden[25]). 3. Das Nämliche gilt von dem Pfandrechte[26]). 4. Der Bürge, welcher für die neue Obligation einstehen soll, muß damit einverstanden sein[27]), außerdem ist er durch die Novation befreit.

B. Von der Delegation und Expromission.

§. 543.

1. Delegation.

A. L. R. I, 16 §§. 264—267. — Gesterding, Beitrag zu der Lehre von der Delegation; im Archiv für die civil. Praxis, Bd. II, Nr. 19.

I. Delegation heißt die Novation, wenn ein neuer Schuldner, und zwar unter Mitwirkung des alten, eintritt[28]). Der alte Schuldner heißt Delegant, der Neue Delegat. Es ist nicht nothwendig, daß der Delegat Schuldner des Deleganten sei; auch ist es gleichviel, von wem unter den drei Interessenten der Anlaß dazu ausgeht, nicht einmal ein Auftrag des Deleganten an den Delegaten, zu intercediren, ist erforderlich, denn der neue Schuldner kann als Geschäftsbesorger ohne Auftrag auftreten. Wesentlich aber ist, daß alle drei Interessenten darin übereinstimmen, daß der Delegat die Schuld des Deleganten übernehme, und daß dafür der Gläubiger den alten Schuldner entlasse, welches ausdrücklich ausgesprochen werden muß[29]), weil zwei Schuldner für dieselbe Schuld neben einander bestehen können, mithin aus

---

24) §. 469 a. a. O. — L. 29 D. eodem.

25) §. 470 a. a. O. — L. 15, 18, 27 D. eodem.

26) §. 471 a. a. O. — L. 18 D. eod. — Soll das Pfandrecht beibehalten werden, so muß der Eigenthümer der Sache, wenn er nicht der Schuldner ist, beistimmen. L. 30 D. eod.

27) §§. 472, 473 das. — L. 4 C. de fidejuss. (VIII, 41).

28) I, 16, §. 264. — L. 11 D. de novat.

29) I, 16, §. 264. — L. 11 pr. D eod. — L. 3 C. eod. — L 2 C. de oblig. et act. (IV, 10); L. 11 C. de donat. (VIII, 54).

dem Eintreten eines zweiten Schuldners die Befreiung des Ersten noch nicht folgt. II. Das Verhältniß des alten Schuldners (Deleganten) zu dem Neuen (Delegaten) bestimmt sich nach Verschiedenheit des Falles [30]). Der Delegat kann der Schuldner des Deleganten sein, auch nicht. War er nicht Schuldner, und wußte man dieses: so ist das Verhältniß entweder ein Mandat [31]), oder eine Besorgung fremder Geschäfte [32]). Wurde ein Schuldverhältniß angenommen, so ist Dreierlei möglich: entweder war die Voraussetzung ganz irrig, oder man erwartete noch den Eintritt einer obligirenden Bedingung, oder es war wirklich ein Schuldverhältniß vorhanden. In den ersten beiden Fällen hat der Delegat gegen den Deleganten, nicht gegen den Gläubiger, eine Klage, und zwar im Ersten die condictio indebiti, im Andern, wenn die Bedingung nicht eintritt, die condictio causa data causa non secuta, auf Erstattung des Geleisteten oder auf Befreiung von der übernommenen Schuld [33]). In dem dritten Falle ist zu unterscheiden, ob das Schuldverhältniß rechtsbeständig war, oder nicht. Das wirklich bestehende gültige Schuldverhältniß erlischt nach Maßgabe der Delegation. War aber das Verhältniß nicht rechtsverbindlich und solches dem Delegaten bekannt: so kommen, rücksichtlich des Verhältnisses des Delegaten zum Deleganten, die Regeln von der Schenkung zur Anwendung; war ihm aber die Ungültigkeit unbekannt, so ist die condictio indebiti, oder, wenn eine Aufforderung des Deleganten vorausging, die actio mandati gegeben [34]). III. Ist die alte Obligation zwischen dem Deleganten und dem Gläubiger ungültig, und der Delegant wußte das, so wird der Delegant wie ein Schenker angesehen, und kann unter den Voraussetzungen des Widerrufs einer Schenkung die Zurückgabe des Gezahlten oder die Freilassung des Delegaten von dem Gläubiger fordern [35]); setzte aber der Delegant eine gültige Obligation irrthümlich voraus, so findet die condictio indebiti gegen den Gläubiger auf Freilassung des Delegaten oder, wenn dieser

30) I, 14, §§. 404, 405.

31) I, 16, §. 260. — L. 12 i. f. D. de novat.

32) I. 14, §. 406. Durch die Zustimmung des Deleganten entsteht aber ein Mandatsverhältniß I, 14, §. 239.

33) L, 13, L. 5, §. 5, L. 12 D. eod. — L. 5 §. 5 D. de doli mali except. (XLIV, 4).

34) L. 12, L. 19 D. de novat. — L. 5, §. 5 de doli mali except. (XLIV, 4). — L. 78, §. 5 D. de jure dotium (XXIII, 3).

35) I, 16, §. 393. — L. 12. D. de novat.

schon gezahlt hat, Zurückzahlung an denselben oder, wenn dieser sich schon an ihn erholt hätte, an ihn selbst statt. IV. Was das Verhältniß zwischen dem neuen Schuldner (Delegaten) und dem Gläubiger betrifft, so ist dabei nach der dem A. L. R. zu Grunde liegenden Vorstellung eine Succession zu denken, und zwar, wenn das Geschäft von dem alten Schuldner ausgegangen und Dieser Gläubiger des Delegaten ist, wie eine Succession des Gläubigers in die Forderung des Schuldners (Deleganten) [36]); wenn aber eine solche Forderung nicht besteht, wie eine Succession des Delegaten in die Schuld des Deleganten [37]). Anscheinend müßten folgerecht dem Delegaten in beiden Fällen alle gegen die alte Obligation zuständig gewesenen Einreden zustehen, näher betrachtet würde das aber unjuristisch und auch wider die Absicht der Parteien sein. Unjuristisch wäre es, weil die Rechtseinwendungen, d. h. solche Einreden, welche aus einem selbstständigen Grunde die Obligation unwirksam machen, eben deshalb selbstständige Rechte des alten Schuldners sind, deren Gebrauch oder Nichtgebrauch in seiner Willkühr steht und die er daher, wenn sein Singularsuccessor davon Gebrauch machen sollte, ausdrücklich auf ihn übertragen müßte (§. 526, I, 5). Gegen die Absicht der Parteien würde ein Uebergang von Rechtswegen sein, indem das Geschäft ja gerade bezweckt, den Schuldner von der als wirksam anerkannten Schuld durch anderweite Zufriedenstellung des Gläubigers zu befreien. Deshalb sind dergleichen Exceptionen regelrecht ausdrücklich abgeschnitten ([36]), nur versteht sich dies bloß von den eigentlichen Einreden; die rechtliche Natur des obligatorischen Verhältnisses, in welches succedirt worden ist, kann dadurch nicht umgeändert werden. (Vergl. o. §. 532, III.) Der Zinsenpunkt bestimmt sich darnach, auf welcher Seite eine Succession stattgefunden hat. Ist eine aktive Cession anzunehmen, so hat der Gläubiger die laufenden und rückständigen Zinsen von der auf ihn übergegangenen Forderung zu erhalten, ohne Rücksicht auf seine ursprüngliche Forderung; ist aber der neue Schuldner dem alten in die Schuld gefolgt, so wird auf Diese gesehen. V. Die Delegation erfordert die schriftliche Form, ausgenommen, wenn der Delegat Schuldner des

---

36) I, 16, §§. 265, 266. – I, 11, §. 412. Pr. 1368, v. 11. Novbr. 1843.

37) Der Delegat soll nämlich fähig sein, in eine Verbindlichkeit von der in Rede stehenden Art einzugehen. I, 16, §. 462. Es ist also wie bei der Expromission. Ganz anders nach R. R. S. o. §. 540 Note 1, wonach auch die Expromission (§. 544) keine Succession ist.

Deleganten, die Schuld nicht verbrieft ist und auch nicht über 50 Thlr. beträgt [38]).

§. 544.

2. Expromission.

A. L. R. I, 14 §§. 399–412.

I. Expromission nennt man die Novation, wenn ein neuer Schuldner durch Intercession eintritt. Sie enthält eine Succession in das bestehende [38a]) Schuldverhältniß. Die Mitwirkung des ausscheidenden alten Schuldners ist nicht nothwendig [39]). Läßt der Ausdruck an sich oder nach den Umständen den animus novandi zweifelhaft, so wird Bürgschaft angenommen [40]). II. Zur Gültigkeit ist immer die schriftliche, und wenn eine Frauensperson expromittirt, die gerichtliche Form erforderlich [41]), und in der Person des Expromittenten die Fähigkeit, Darlehne aufzunehmen [42]). III. In Beziehung auf den Gläubiger enthält die Expromission zwar keine Schenkung, doch sollen Frauenspersonen unter den Umständen, wo ein Geschenkgeber eine selbst schon gerichtlich vollzogene Schenkung wegen Uebermaßes zu widerrufen befugt ist, ihre Expromission zurücknehmen können [43]). Der Expromittent hat von dem alten Schuldner, wenn er ihm nicht zu schenken willens gewesen, Ersatz mit der Klage aus einem Mandate oder aus der Geschäftsbesorgung zu fordern [44]). IV. In dem Verhältnisse zwischen dem Expromittenten zu dem Gläubiger ist bei der Vorstellung einer Succession die alte Obligation, in welche der Expromittent eingetreten ist, von der Handlung, wodurch solches geschehen (Expromission), zu unterscheiden. Die alte Obligation übernimmt der Expromittent, sowie sie ist, mit den dagegen zuläßigen Einwendungen, soweit er die Schuld nicht

38) I, 14, §§. 203, 400; I, 16, §§. 262, 263; I, 11, §. 394.

38a) Deshalb wird darin nichts geändert und auch die dafür bestellte Hypothek erlischt nicht. Vergl. Entsch. des Otr. v. 12. Juli 1851 (XIX, 197).

39) I, 14, §. 399. — L. 8, §. 5 D. do novat.; L. 23, 91 D. de solut. (XLVI, 3).

40) §. 401 a. a. O. „Vermuthet" heißt es; der Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen.

41) §§. 400, 407 das. Eines Beistandes bedarf sie hier nicht.

42) §§. 219, 402 das.

43) §§. 410, 408; I, 11, §. 1091 flg.

44) I, 14, §§. 404—406. Das beneficium cedendarum hat er nicht; auch hat er nicht früher einen Anspruch als nachdem er Verwendungen aus seinem Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers gemacht hat.

ausdrücklich anerkannt hat [45]); doch kann eine ganz ungültige Schuld auch durch eine bloße Anerkennung nicht gültig werden [46]). Ist die Handlung der Uebernahme (die Expromission) ungültig, so ist zunächst auf den Grund der Ungültigkeit zu sehen. Liegt er in der Unfähigkeit des Expromittenten, Darlehne aufzunehmen, so soll unterschieden werden: ob der Gläubiger die Unfähigkeit kannte oder doch ohne eigenes mäßiges Versehen wissen konnte, oder nicht. Wußte er sie, oder mußte er sie wissen, so verliert er seine Forderung: er kann auf den alten Schuldner nicht zurückgehen, der Fall ausgenommen, wenn die Expromission einer Frauensperson wegen mangelhafter Form ungültig oder wegen Uebermaßes widerrufen wird: in diesem Falle, sowie in allen übrigen Fällen, wo nicht aus Unfähigkeit des Expromittenten, Darlehne aufzunehmen, die Ungültigkeit eintritt, bleibt die Verbindlichkeit des ersten Schuldners bestehen [47]).

Drittes Kapitel.

Von den Entstehungsgründen der Obligationen.

§. 545.

Uebersicht.

Die Römer kannten nur zwei regelmäßige Entstehungsgründe der Civilobligationen: Kontrakte, oder Verbrechen. Die einzelnen Ausnahmen hatten jede ihren besondern Grund, wurden aber von den Rechtsgelehrten, nach der Aehnlichkeit, mit der einen oder der andern Klasse (quasi ex contractu, quasi ex delicto) verglichen [1]). Die Neuern haben die Römer verbessern wollen, meinend, daß sie das Gesetz als den eigentlichen Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten hätten bezeichnen müssen. Auf dieser Ansicht beruhet das

---

45) I, 14, §§. 399—401 u. §. 310. Diese Anwendung findet also hier der röm. Rechtssatz: die alte Schuld muß gültig sein.

46) I, 5, §§. 186—192, 37, 38.

47) I, 14, §§. 402, 403, 409. Die Satzung, daß wenn der Gläubiger in der Voraussetzung, daß der Expromittent fähig sei, sich irrt, der erste Gläubiger dennoch entlassen, d. h. daß eben dieselbe Expromission halb gültig und halb ungültig sein soll, ist ganz neu und den allgemeinen Rechtsregeln von der Willenserklärung widersprechend.

1) **Gajus, Comment. III, §. 88. — §. 2 J. de obligat. (III, 13 [14]). L. 1 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7).**

A. L. R., welches sagt, daß der Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten das Gesetz sei, und zwar entweder **unmittelbar** in Folge eines gewissen Zustandes oder Verhältnisses, oder **mittelbar** durch Handlungen [2]). Die Darstellung muß sich daher an diese Grundansicht anschließen. Auf die **unmittelbar** aus dem Gesetze entspringenden Verbindlichkeiten beziehen sich keine allgemeinen Regeln. Anders ist es mit den **mittelbar** durch Handlungen begründeten Obligationen (§. 102). Dergleichen Handlungen sind entweder solche, welche von beiden Theilen ausgehen (**zweiseitige**, Verträge), oder nur **einseitige**. Die einseitigen sind wieder **erlaubte** oder **unerlaubte**. Die Darstellung hat es daher mit den allgemeinen Regeln über Verträge und über die einseitigen Handlungen zu thun.

Erste Abtheilung.

Von den Verträgen.

A. L. R. I, 5. — **Bornemann**, von Rechtsgeschäften überhaupt, und von Verträgen insbesondere, nach Preuß. Rechte. 2. Ausg. Berlin 1833. — **Grävell**, die Generaltheorie der Verträge nach Preuß. Rechte. Halle 1821. (Ein Abdruck der gesetzlichen Bestimmungen, mit Anmerkungen.) — Ueber Röm. Recht: Joh. **Kaufmann**, von den Obligationen und Verträgen nach den Grundsätzen des Röm. Rechts. Wien und Triest, 1820. — **Griesinger**, von der Verbindlichkeit durch Verträge. Tüb. 1793. — Ger. **Noodt**. Lib. sing. ad edict. Prätor. de pactis et transactionibus; in Opp. Tom. I, p. 481.

§. 546.

1. Begriff und Arten.

I. Die Lehre von den Verträgen überhaupt gehört eigentlich in das erste Buch, denn die obligatorischen Rechtsverhältnisse sind nicht der einzige Gegenstand derselben, vielmehr werden alle sonstigen nur irgend denkbaren Rechte und Rechtsverhältnisse durch Verträge begründet. Man hat sich indeß daran gewöhnt, diese Lehre besonders in Beziehung auf Obligationen vorzutragen und vorgetragen zu sehen. Der Verstoß gegen die logische Anordnung des Stoffs ist dabei das Geringste; die Folge davon ist auch ein Einfluß auf den Begriff gewesen, indem man denselben so bestimmt

---

2) A. L. R. Einleit. §§. 82, 85. — Vergl. **Weber**, von der natürlichen Verbindlichkeit, §§. 5, 30, 31.

hat, als wenn die Verträge andere Beziehungen, als obligatorische, nicht haben könnten. Diese Vorstellung liegt auch der landrechtlichen Begriffsbestimmung zum Grunde, indem die „wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts Vertrag genannt wird"[3]); eine Bestimmung, welche auf solche Verträge, wodurch Zustände (status) begründet werden, wie durch Ehe und Adoption, nicht paßt. Vertrag überhaupt ist eine wechselseitig erklärte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen[4]), zur Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses[5]) unter ihnen selbst[6]). Die Rechtssprache hat dafür verschiedene Bezeichnungen. Aus dem R. R. kommen her die Ausdrücke: Konvention[7]), Paktion[8]), Paktum[9]) und Kontrakt; nur der letzte Ausdruck war eine technische Bezeichnung für eine besondere Art der Verträge. In der deutschen Rechtssprache werden alle diese Ausdrücke gleichbedeutend mit Vertrag, wofür auch die seltenern Bezeichnungen Uebereinkunft, Abkommen, Verabredung vorkommen, gebraucht. II. Eingetheilt werden die Verträge: 1. nach dem Gegenstande überhaupt in völkerrechtliche und in privatrechtliche; 2) nach der Wirksamkeit des begründeten Rechts, jenachdem dasselbe durch Gegenleistung bedingt ist oder nicht, in einseitige und zweiseitige (unilaterales, bilaterales); 3) nach dem Zwecke hinsichtlich des gesuchten Vortheils in lästige und wohlthätige[10]); 4) nach der Form der Abschließung bei den Römern in Real-, Verbal-, Literal- und Konsensual-Verträge[11]), bei uns in mündliche, in schriftliche und in gerichtliche. Die gerichtlichen haben noch die Unterart der notariellen. III. Die wesentlichen Erforderniſſe eines Vertrages sind Einwilligung, Form, Bestimmtheit und Fähigkeit der Person, und

---

3) I. 5, §. 1. Die ganze landrechtliche Theorie von Verträgen ist verschoben und künstlich, daher theilweise für das Leben unbrauchbar.

4) Daher fehlt es an einem wesentlichen Erfordernisse eines Vertrags in Ansehung der Personen, wenn im Namen einer Sache, z. E. eines Geschäftslokals (Expedition, Bureau), kontrahirt wird. S. o. §. 514, Note 1.

5) L. 1, §. 2 D. de pactis (II, 14).

6) Deshalb ist z. B. der Beschluß eines Richter-Kollegiums kein Vertrag, wenn auch Stimmen-Einhelligkeit stattfindet.

7) L. 1, §. 3 D. de pactis (II, 14).

8) L. 1, §. 2 D. eod.

9) L. 1, §. 2 D. eod. — Auctor ad Herennium, L. II, c. 14.

10) I, 5, §§. 7, 8.

11) S. darüber Recht der Ford. §. 69, Nr. III, Bd. II, S. 47 flg.

ein erlaubter Gegenstand. Uebrigens gilt von Verträgen Alles, was von Willenserklärungen überhaupt (§. 103 flg., Bd. I, S. 231 ff.).

II. Erfordernisse.

1. Einwilligung.

§. 547.

a) Das Allgemeine.

I. Das Zusammenstimmen beider Theile über alle wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts, ohne Vorbehalt willkührlichen Rücktritts oder näherer Verabredungen über Nebenbestimmungen, vollendet den Vertrag. Bis dahin ist kein Theil an seine Vorschläge (Traktaten, Unterhandlungen) gebunden [1]). Der Mangel der Verabredung über Nebenbestimmungen macht den Vertrag nicht unvollkommen, weil dann die Naturalien des Geschäfts eintreten [2]), nur muß eine spätere Verabredung nicht vorbehalten sein, indem dadurch die Willensübereinstimmung über das ganze Verhältniß vor der Hand noch ausgeschlossen sein würde. Ist eine Vertragsform verabredet, welche zur Gültigkeit des Geschäfts sonst nicht erforderlich ist, so wird im Zweifel vermuthet, daß die Perfektion des Vertrags erst mit Beobachtung der Form eintreten solle [3]). Daß der Gegenstand des Vertrags bereits übergeben worden, ist kein Beweis für den wirklichen Abschluß des Vertrags: eine solche Hingabe wird als datio ob causam behandelt. II. Von den Traktaten zu unterscheiden sind die präparatorischen Verträge und die Punktationen. 1. Die vorbereitenden Verträge kommen in der Wirklichkeit nur bei Realkontrakten vor [4]), zu welchen sie sich verhalten wie die Konsensualkontrakte zu ihrer Erfüllung. Die Verabredung eines künftigen Konsensualkontrakts ist in Wahrheit nichts Anderes als die Abschließung dieses Kontrakts selbst mit der Bestimmung, daß die Erfüllung bis auf eine andere Zeit

---

1) I, 5, §. 125. — Bremen, de tractatibus, von Handlungsvorschlägen, Jena 1681.

2) Simon's Rechtsspr. Bd. II, S. 95.

3) I, 5, §. 117. — Leyser Sp. 272 m. 3. Den Streit über diese Interpretationsregel s. Recht der Ford. §. 70, Bd. II, S. 56 flg.

4) I, 11, §. 654. — L. 68 D. de verb. oblig. (XLV, 1). — L. 3 C. de rer. permut. (IV, 64).

ausgesetzt bleiben solle[5]). 2. **Punktationen** sind ursprüngliche Aufsätze über perfekte Verträge, und müssen deshalb die wesentlichen Bestandtheile sowie die verabredeten Nebenbestimmungen enthalten, auch von beiden Theilen vollzogen sein, wenn das Geschäft die schriftliche Form fordert. Alsdann haben sie mit einer solennen Ausfertigung gleiche Kraft[6]), vorausgesetzt, daß die Verbindlichkeit des Vertrags nicht von einer andern Form abhängig gemacht ist.

§. 548.

b) Die Annahme.

I. **Annahme** heißt die zustimmende Erklärung des Andern auf das Verlangen, Anerbieten, den Vorschlag oder die Anfrage des Einen; es ist gleichviel, wie sich der Antrag des Einen und die Annahme des Andern zu erkennen giebt, wenn nur Willensübereinstimmung aus den beiderseitigen Erklärungen erhellet: in keinem Falle ist auf Seiten des Antragenden noch eine Genehmigung der rechtzeitig erfolgenden Annahme des Andern erforderlich[7]). Ein wesentliches Erforderniß der Annahme aber ist, daß sie unbedingt und uneingeschränkt sein muß, sonst bewegt sich das Geschäft noch in den Grenzen der Traktaten und der Antragende ist an seinen nicht unbedingt oder uneingeschränkt angenommenen Antrag nicht weiter gebunden[8]). II. Die wechselseitigen Erklärungen können auch unter Abwesenden, entweder durch Bevollmäch-

---

5) L. 68 D. de verb. obl. (XLV. 1); L. 3 C. de rer. permut. (IV, 64). Ueber die Realität der **pacta de contrahendo** ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Meinungsverschiedenheit.

6) I, 5, §. 125. — Die zur Beglaubigung bei dem Grundbuche erforderliche solenne Ausfertigung kann mittelst eines prozessualischen Verfahrens auch wider den Willen des Andern erlangt werden. §§. 120—124 a. a. O. — I, 10, §. 17. Einer solchen Klage auf öffentlich-glaubwürdige Vollziehung kann der Andere nicht den Einwand der Nichterfüllung von der andern Seite aus §. 271, I, 5, A. L. R. entgegensetzen. Präj. 2069 v. 3. Oktbr. 1848. Doch muß der Andere rechtlich verbunden sein, die Erfüllung anzunehmen, sonst fehlt für den Einen das rechtliche Interesse zur Herstellung einer öffentlich glaubwürdigen Urkunde, so lange es in Frage steht, ob der Vertrag überhaupt von ihm zur Ausführung gebracht werden kann. Angen. vom III. S. des Ober-Tribunals am 16. Januar 1849 in Sachen v. Below w. Müller, wo der Käufer die Uebernahme des erkauften Gutes, wegen fehlerhafter Beschaffenheit, abzulehnen für berechtigt erachtet und der Verkäufer mit seinem Antrage: den Käufer zur Uebernahme und zur gerichtlichen oder notariellen Vollziehung des Kontrakts zu verurtheilen, zur Zeit abgewiesen wurde. Cfr. §. 675.

7) I, 5, §. 82. — Vergl. Hugo **Grotius** de jure belli, L. II, c. XI §. 14. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen differiren.

8) I, 5, §§. 83—85. — Eine hinterdrein nachfolgende Acceptation ist also nicht mehr zulässig, vielmehr würde eine solche ein neuer Antrag sein, der nun anderer Seits erst wieder angenommen werden müßte. Vergl. Entsch. des Otr. Bd. XVIII, S. 220.

tigte oder durch Briefwechsel gegeben werden [9]); unstatthaft aber ist es, daß ein Dritter im Namen des kranken oder sonst willensunfähigen andern Theils, ohne dessen Auftrag, acceptire, mit alleiniger Ausnahme der Schenkungen, welche jeder auch nicht beauftragte Dritte für einen Geschenknehmer, der wegen Willensunfähigkeit seine Absicht nicht äußern kann, annehmen darf [10]); außer diesem Falle kommt durch die Annahme Seitens eines unberufenen Dritten auch nicht ein s. g. pactum in favorem tertii zu Stande, denn in diesem pactum tritt durchaus nicht ein Dritter auf, vielmehr kontrahiren beide Theile mit Bewußtsein im eigenen Namen und Interesse, wenngleich einem Dritten dadurch ein Vortheil zugewendet werden soll [11]). III. Der dem neuern Rechte angehörige Satz, daß auch unter Abwesenden ein Vertrag abgeschlossen werden kann, hat eine besondere Theorie über die Zeit der Annahme hervorgebracht, wovon in dem R. R. keine Spur zu finden ist [12]). Man geht nämlich davon aus, daß ein Anerbieten, Versprechen genannt, den Erklärenden so lange binde, als der Abwesende Zeit braucht, sich über die Annahme zu erklären [13]). Erst mit dem fruchtlosen Ablaufe der Zeit, innerhalb welcher ihm die Nachricht über erfolgte Annahme zugestellt werden muß, wird der Antragende wieder frei. Von seiner Willensänderung braucht der Antragende in diesem Falle dem Andern nicht Nachricht zu geben, um die spätere Annahme mit Erfolg zu hindern, wohl aber muß die Benachrichtigung zu dem Zwecke geschehen, daß der Andere, im Falle er wirklich zur gehörigen Zeit acceptirt hätte und nur die Nachricht davon nicht zur rechten Zeit bei dem Antragenden eingetroffen wäre, keine weitere Anstalten treffe, sonst muß ihm der

---

9) Ebend. §. 86. Der Satz galt schon im R. R. L. 2 D. de pactis (II, 14).

10) I, 5, §. 88; I, 11, §. 1060. Anders nach der Meinung vieler gemeinrechtlicher Schriftsteller. S. darüber Recht der Ford. §. 70.

11) I, 5, §. 89. Beide Fälle haben keine juristische Aehnlichkeit.

12) Dazu war kein Bedürfniß, weil der Grundsatz, daß die Willensübereinstimmung auf dieselbe Zeit zusammentreffen müsse, unverändert blieb. Durch die von den Neuern aufgebrachte Theorie über die Zeit der Annahme ist dieser Satz wesentlich aufgehoben, indem es vorkommen kann und in der That oft vorkommt, daß der Antragende seinen Willen zu der Zeit schon wieder geändert hat, wo der Abwesende den Antrag annimmt, daß er aber wider seinen Willen dabei stehen bleiben muß, weil die Zeit zur Erklärung des andern Theils noch nicht abgelaufen.

13) I, 5, §. 90 u. 101. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt das nicht; was aus dem Antrage folgt, ist bloß dieses, daß der Antragende, wenn er vor der Acceptation seinen Willen ändert, den Andern wegen der durch unnütze Störung verursachten Schäden und Kosten entschädigen muß.

Antragende den dadurch entstandenen Schaden mit Kosten ersetzen[14]). Kommt der Vertrag wirklich zu Stande, so datirt er von dem Tage der Erklärung des Annehmenden[15]), auch in dem Falle, wo die Nachricht erst nach Ablaufe der Zeit bei dem Antragenden eingetroffen wäre, dieser aber seinen Willen noch nicht geändert hätte, vorausgesetzt, daß die Erklärung selbst innerhalb der bestimmten Zeit gegeben worden; außerdem würde die Erklärung ein neuer Antrag sein, auf welchen die Annahme von der andern Seite erklärt und bekannt gemacht werden müßte. Die Zeit zu bestimmen, innerhalb welcher dem Antragenden die Nachricht über erfolgte Annahme zukommen muß, steht bei dem Antragenden[16]). Enthält der Antrag darüber nichts, so gilt Folgendes: 1. Ist der Antrag einer juristischen oder einer bevormundeten Person gemacht worden, so muß auf die Erklärung so lange gewartet werden, als erforderlich ist, um nach dem ordentlichen Geschäftsgange den verfassungsmäßigen Beschluß zu fassen[17]). Dieser Grundsatz kommt jedoch nicht zur Anwendung, wenn mit einem nicht gehörig legitimirten Stellvertreter einer solchen Person, oder mit einem Geschäftsunfähigen selbst, vollständig abgeschlossen worden ist, vielmehr kann, so lange der Antrag an die zur Genehmigung berufene Person noch nicht gemacht worden, die Verabredung unter alleiniger Zustimmung des Unfähigen auch wieder aufgehoben werden[18]), und wenn der Antrag gemacht, oder auch

---

14) I, 5, §§. 90, 100, 103—105.

15) Ebend. §§. 80, 102. Doch kann hierüber auf Grund der Fassung des §. 102 gestritten werden. Es heißt: wird dafür gehalten, daß die Annahme in dem Zeitpunkte geschehen sei, wo der Annehmende Alles gethan, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war. Danach ließe sich behaupten, daß der Zeitpunkt, wo der Brief auf die Post gegeben worden ꝛc., der entscheidende sei. Der Ausdruck der Annahme hat jedoch nur dann die Wirkung des Vertragsschlusses, wenn er dem andern Theile wirklich zugestellt wird. Wird er vorher, wegen Willensänderung, wieder unterdrückt, so ist kein Vertrag zu Stande gekommen. Nur aus diesem Gesichtspunkte ist die Entscheid. des Otr. v. 28. Juni 1850 (XIX, 69) gerechtfertigt, nicht aber aus dem angegebenen Grunde: daß die bloße Unterschrift allein, so lange der vollziehende Theil sich im Besitze des Vertrages befindet, noch nicht hinreichend sei, die nothwendige Gegenseitigkeit herzustellen. Denn dieser Grund ist in dem Falle der persönlichen Zusammenkunft beider Theile und der Kontraktsschließung unter Anwesenden, wenn nur Ein Exemplar des Vertrages vollzogen wird, was doch nur Einer besitzen und „zurückbehalten" kann, ohne alle Geltung.

16) §§. 90—93 a. a. O. — Ueber G. R. vergl. v. Wening-Ingenheim, Abhandl. über den Zeitpunkt der Gültigkeit eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrags; im Arch. für civil. Praxis, Bd. II, S. 267 flg.

17) I, 5, §§. 101, 26, 11, 12; II, 6, §§. 86 u. flg. — Vergl. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 300 flg.

18) Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 177.

in dem Vertrage ausbedungen worden, daß der Vertrag für nicht geschlossen angesehen werden solle, falls die Genehmigung versagt werden sollte, ist der Grundsatz maßgebend, daß zu solcher Erklärung eine Frist noch nachträglich bestimmt werden muß[19]). 2. Geschieht der Antrag einer selbstständigen physischen Person, so muß sie sich auf einen mündlichen Antrag sogleich auf der Stelle[20]), auf einen schriftlichen Antrag an demselben Orte binnen 24 Stunden[21]), worunter jedoch der folgende ganze Tag verstanden wird[22]), und an verschiedenen Orten längstens mit der zweiten Post[23]) oder, wenn ein Bote den Antrag bringt, umgehend mit demselben[24]) erklären. IV. Der Tod des Einen oder des Andern ändert in der Befugniß und Zeit zur Annahme nichts, ausgenommen bei persönlichen Begünstigungen und bei Schenkungen, wo die Erben des Begünstigten nicht mehr acceptiren können[25]). Bei Verträgen, welche überhaupt durch den Tod des einen oder andern Theils aufgelöst werden, fällt die Annahme von selbst weg.

2. Form.

A. L. R. I, 4, §§. 94, 95. — I, 3, §§. 40—44. — I, 5, §§. 109—184. — Dr. Arndts, Bemerkungen über das Erforderniß schriftlicher Abfassung der Verträge; im Neuen Archiv für Preuß. Recht und Verfahren, Bd. I, S. 132 flg.

§. 549.

a) Das Allgemeine.

Das Pr. R. hat eine **mündliche Form**, worunter jedoch nicht eine Nachbildung der Röm. Stipulation zu denken ist, sondern die Fälle der Konsensualkontrakte und der Realkontrakte, die ohne eine andere Form klagbar, zu verstehen sind; dann eine **schriftliche Form** für gewisse Fälle. Zweck der Vertragsform überhaupt

19) Nach §§. 13 u. 230 a. a. O. Ang. vom III. S. des Ober-Trib. am 6. Febr. 1849 in Sachen Castringius w. Ruhr-Kanal-Aktien-Verein, ²¹%₃₂ III, 48.

20) I, 5, §. 94. Ohne Zeitverlauf, wenn der Antragende nicht warten will.

21) Ebend. §. 95.

22) I, 3, §. 47. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 44.

23) I, 5, §§. 96-98. Die Bestimmung hat die alte Posteinrichtung im Sinne.

24) Ebend. §. 99. Thut er das, der Bote kommt aber in der längsten Frist nicht zurück, so ist der Antragende nicht gebunden, er muß aber davon den Andern benachrichtigen. §. 100 a. a. O. Vergl. Note 15.

25) Ebend. §§. 106, 107. — I, 11, §. 1061. Wer ist aber der eigentliche Kontrahent, wenn die Erben annehmen? Doch nicht etwa der Erblasser! Das ist praktisch wichtig, besonders im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses.

ist, entweder als Mittel zur Begründung der Verbindlichkeit selbst (causa obligationis), oder als bloßes Beweismittel über die getroffene Verabredung zu dienen. Nur in der ersten Bedeutung ist die Form Bedingung der Gültigkeit*), bei der zweiten Bedeutung ist die Verbindlichkeit des Vertrags von der Beobachtung der Form durchaus unabhängig. In der Regel soll bei Verträgen die gesetzlich vorgeschriebene oder verabredete Form die erste Bedeutung haben[1]). Doch zeigt sich in der Anwendung Unklarheit über den Zweck der Form, und eine daraus hervorgegangene unregelmäßige Vermischung der Folgen und Wirkungen der Form und deren Mangel nach beiden Bedeutungen. Die verwickelten positiven Vorschriften über die Form sind in Folge dessen für das Rechtsleben hemmend; sie machen den Verkehr beschwerlich und unsicher zugleich, indem aus der Nichtanwendung der lästigen Schrift, die als einziger Ausdruck der Willensbestimmung und doch auch wieder als Beweisstück zugleich[2]) hingestellt wird, gerade für den redlichen Mann harte Verluste und ruinirende Prozesse entstehen. Von der Regel, daß die vorgeschriebene Form Bedingung der Gültigkeit des Vertrags ist, gelten folgende Ausnahmen: 1) Verträge und überhaupt Willenserklärungen der Militairpersonen im Felde[3]); 2) wenn die Beobachtung der Form unter einer andern Strafe als der der Nichtigkeit vorgeschrieben ist[4]); 3) wenn nach den Ausdrücken die Bedeutung der vorgeschriebenen Form zweifelhaft ist[5]). In allen diesen Fällen gilt die formlose Verabredung.

b) Schriftliche Form.

Marezoll, über das Wesen und über einige Eigenthümlichkeiten der Skriptura nach dem neuesten Röm. Rechte; in seiner und Linde's Zeitschrift, Bd. V, S. 258.

---

*) Bei dieser Bedeutung ist es nicht erforderlich, daß die Form zugleich als Beweismittel diene, wie die Röm. Stipulation zeigt. Die im A. L. R. vorkommenden Fälle dieser Art s. u. Note 21, dazu die Pr. 1763, v. 19. Juni 1846 u. 1597, v. 2. August 1845 (Entsch. XII, 154).

1) I, 5, §§. 109, 116, 117.

2) §§. 116, 118, 175—178 das. — Anh. §. 5. — Anh. z. A. G. O. §. 68. — Die Unterschrift und deren Beglaubigung gehört nicht dazu, wenn die schriftliche Form nur die erste Bedeutung haben soll, gleichwie bei der Stipulation der Name nicht genannt zu werden brauchte. S. u. Note 21.

3) K. O. v. 2. Septbr. 1815 (G. S. S. 167).

4) I, 5, §. 110. Doch ist hier nur von der „Formalität“ Rede, was den Satz zweifelhaft macht.

5) I, 3, §. 4. S. o. §. 116.

§. 550.

aa) Grundsätze.

I. Die landrechtlichen Bestimmungen über die schriftliche Form beruhen auf der s. g. Konstitution für das Fürstenthum Halberstadt, v. 4. März 1718, dann auf dem Stempeledikte v. 13. Mai 1766 §. 2, und besonders auf dem Edikte v. 8. Febr. 1770 [6]). Aus der Vermengung der verschiedenen Zwecke einer Vertragsform, besonders aus der geschehenen Verwechselung der Ungültigkeit und der Unbeweisbarkeit des Vertrags [7]), fließt die Vorschrift, daß die schriftliche Aufsetzung der getroffenen Verabredungen allein noch nicht genüge, sondern auch die eigenhändige [7a]) und, beziehlich auf Lesens und Schreibens Unkundige, gehörig beglaubigte Unterschrift der Parteien dazu kommen muß; die Besiegelung soll entbehrlich sein, selbst wenn der Siegel Erwähnung geschehen [8]). Andere Formalitäten, namentlich Beifügung von Ort und Datum, oder sämmtlicher Namen, oder eines bestimmten Namens von Mehreren und des Charakters, oder Gebrauch einer bestimmten Schrift oder bestimmter Schreibmaterialien [9]), sind nicht erforderlich [10]). Auch ist nicht erforderlich, daß beide Theile die nämliche Schrift unterschreiben, vielmehr kann jeder Theil ein anderes Exemplar vollziehen und gegen das Andere umtauschen [11]). Einer solchen Schrift stehen gleich: 1. Punktationen, welche keinen Vorbehalt über noch zu verabredende Punkte oder über eine gewisse Form

---

6) Das Nähere darüber s. Recht der Forderung. §. 83.

7) M. s. Suarez und Goßler, Unterricht über die Gesetze rc. S. 99. — Zu I, 14, §. 10 äußern die Verf.: „Zur Gültigkeit dieses Geschäfts bedarf es keines schriftlichen Kontrakts, sondern es sind auch andere Beweismittel hinreichend.

7a) Der in der A. G. O. I, 10, §. 134 vorgeschriebene Diffessionseid paßt dazu nicht. Daraus kann kein Grund für die Behauptung entnommen werden, daß wenn die Namensunterschrift von einem Andern mit Wissen und Willen der Partei geschrieben worden, ein formell gültiger Vertrag vorhanden sei. Ang. vom IV. S. des Ober-Trib. am 14. Decbr. 1848, Präj. 2077. Es kann vielerlei Urkunden geben, bei welchen der darauf bezügliche Inhalt des Diffessionseides erheblich ist.

8) I, 5, §§. 116, 118, 119.

9) Ein Kaufkontrakt über ein Rittergut, mit Bleistift geschrieben auf das Horn einer Kuh, würde eben so gültig sein, wie der Scheidebrief nach der Lehre jenes Rabbi.

10) Vergl. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 22.

11) Entsch. des Ober-Trib. Bd. V, S. 30 flg.

enthalten[12]); 2. Protokolle der Gerichte und Notarien[13]); 3. der Briefwechsel über einen dadurch zu Stande gekommenen Vertrag[14]); 4. die von dem Schuldner unterschriebenen Rechnungen über empfangene Waaren oder Arbeiten[15]); 5. der Pfandschein eines Pfandnehmers[16]), weil der Pfandnehmer dadurch als Schuldner aus dem Pfandkontrakte verbindlich wird, mithin davon kein Schluß gilt, daß eine von dem Gläubiger ausgestellte Schrift den Schuldner verbindlich mache. 6. Das mit der ausgedrückten[16a]) Absicht, sich verbindlich zu machen, gegebene schriftliche Anerkenntniß eines mündlich geschlossenen Vertrags[17]). Dieser Fall ist das constitutum debiti proprii (§. 722) und daher in der Anwendung auf zweiseitige Verträge eine Anomalie, indem der Vertrag nur hinsichtlich desjenigen, welcher die Schrift unterschrieben hat, für formell gültig erachtet wird, so daß dadurch nur ein pactum claudicans entsteht[18]). Ohne Zweifel muß der andere Theil entweder gleichfalls formell genehmigen; oder ganz zurücktreten[18a]). Auch wird der schon früher mündlich abgeschlossene Vertrag von Anfang rechtsverbindlich[19]). 7. Vermerke der Kaufleute in ihren ordentlich geführten Büchern über auf Kredit verkaufte Waaren[20]); 8. Auszüge aus dem Journale der Mäkler[21]). II. Der schriftlichen Form bedürfen gesetzlich folgende Rechtsgeschäfte: 1. Verträge, welche den Grund der Verbindlichkeit (causa obligationis) ganz allein in dem

---

12) I, 5, §§. 120, 125, 121. — S. o. §. 547 Nr. II, 2.

13) Ebend. §. 126. In Betreff der Notariatsprotokolle s. Präj. 896, vom 31. Juli 1840 (Entsch. VI, 300), u. Pr. 1180a, v. 5. August 1842.

14) Ebend. §§. 142, 143.

15) Ebend. §. 152. In sofern die Parteien, der Gegenstand und der Preis daraus erhellen.

16) I, 20, §§ .95, 96.

16a) Pr. v. 20. Februar 1849, Nr. IV. (Entsch. XVIII, 242).

17) I, 5, §. 105. Natürlich müssen daraus die wesentlichen Stücke des Geschäfts zu entnehmen sein. Die bloße Anerkennung der Thatsache ohne jene Absicht genügt nicht. Pr. 1510, v. 22. Novbr. 1844 (Entsch. X, 361).

18) Vergl. Entscheid. des Ober-Trib. Bd. IV, S. 222, u. Bd. X, S. 361. — S. u. §. 554, Note 26.

18a) Auf Genehmigung oder Aufhebung kann daher geklagt werden. Pr. 495 v. 29. Juni 1838 (Entsch. IV, 214).

19) I, 5, §§. 185, 188. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 522. Dabei liegt die Vorstellung von einer Naturalobligation zu Grunde.

20) II, 8, §§. 597, 596; I, 5, §. 149; A. G. O. I, 10, §. 168. — S. o. §. 415, Nr. II, 2 (Bd. I, S. 745).

21) II, 8, §§. 2065, 2391, 1366 ff. Dieser und der vorige Fall sind die einzigen unzweifelhaften, wo die Form bloß in ihrer Bedeutung als Mittel der Entstehung des Vertrags, abgesehen vom Beweise, erscheint, denn es kommt nicht auf die Unterschrift der Parteien an. Der §. 184, I, 5, hat aber auch diese Bedeutung.

Versprechen haben und den andern Theil zu keiner Art von Gegenleistung verpflichten[22]), wohin auch der Erlaß gehört (§. 585), so wie das Versprechen eines Erbschatzes und einer Ausstattung[22a]); 2. Verträge über fortdauernde oder wiederkehrende persönliche Leistungen und Pflichten[23]); 3. Verträge über Rechte auf eine unbewegliche Sache[24]); 4. die Einwilligung des Eigenthümers zu Verbesserungen, welche der Nießbraucher, Miether oder Pächter unternehmen will[25]); 5. Darlehnskontrakte, welche auf eine andere bestimmte Zeit als die gesetzliche Aufkündigung, gegen Interessen, oder auf andere Bedingungen als die gesetzlichen Modalitäten geschlossen werden (§. 615); 6. alle übrigen Verträge, deren Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist[26]). Die ihrer Zahl nach bestimmten wiederkehrenden Leistungen werden zusammengezählt; bei mehrjähriger Pacht und Miethe wird nur auf den Jahresbetrag gesehen[27]); bei gewagten Geschäften ist Das, was von der einen Seite bestimmt gegeben wird, maßgebend, ausgenommen Assekuranz- u. Bodmerei-Verträge, welche immer schriftlich geschlossen werden müssen, was auch der Fall bei gewagten Geschäften überhaupt ist, wenn das Gegenversprechen sich nicht berechnen läßt, oder wenn von beiden Seiten gewagt wird[28]). Konventionalstrafen werden für sich gerechnet[29]). 7. Rechtsgeschäfte, welche die Legitimation des Berechtigten bei einem Dritten mit sich bringen[30]), doch ist hier die Verbindlichkeit zwischen den Kontrahenten selbst nicht von der schriftlichen Form durchaus abhängig. 8. Auch die Verlängerun-

---

22) I, 14, §§. 400, 203; I, 5, §. 134, womit I, 16, §. 387 zu vergleichen. S. darüber Recht der Ford. §. 83, Nr. III, 2.

22a) II, 1, §. 281; II, 2, §. 308 u. I, 11, §. 1048. Das mündliche Versprechen einer Ausstattung wird jedoch durch Vollziehung der Ehe verbindlich. Pr. 1631 (Pl.-Beschl.) v. 7. Novbr. 1845 (Entsch. XII, 31).

23) I, 5, §. 135. Anwendungen sind II, 5, §§. 177, 188; II, 8, §. 1450; I, 11, §. 729; I, 17, §. 170; I, 18, §. 83.

24) I, 5, §. 135; I, 10, §§. 15—17; I, 11, §. 1066; I, 21, §§. 233, 401, 402.

25) I, 21, §§. 124, 280. Die §§. 49 u. 57 beziehen sich auf nothwendige Verwendungen, nicht auf Verbesserungen.

26) I, 5, §§. 131—133, 259. Der Dukaten wird zu 3 Thlr., die Goldmünze à 5 Thlr. zu 5⅔ Thlr. gerechnet.

27) I, 5, §. 136; I, 21, §. 268.

28) I, 5. §§. 138, 139; II, 8, §§. 2064, 2390.

29) I, 5, §§. 140, 141. Ist rein positiv.

30) Z. B. Assignationen, I, 16, §§. 258, 268, 269, 299; Cessionen, I, 11, §. 394; Verpfändungen ausstehender Forderungen, I, 20, §§. 281 flg.; Mandat, I, 13, §. 8.

gen der bestehenden Rechtsverhältnisse unterliegen in der Regel der Form der ursprünglichen Eingehung [31]).

§. 551.

bb) Mündliche Nebenabreden.

Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen, so wird bei entstehendem Streite nur auf den Inhalt der Urkunde gesehen und auf angebliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen, wenn auch der Gegenstand, für sich genommen, die schriftliche Form nicht erfordert haben würde [1]). Mündliche Abreden sind neben dem schriftlichen Vertrage jedoch nur dann unerheblich, wenn sie Nebenbestimmungen und Maßgaben bezüglich auf die Art, den Ort, oder die Zeit der Erfüllung, oder auf die Bestärkung, oder s. g. Naturalien und Accidentalien des Geschäfts betreffen; wenn der Vertrag darüber keine Bestimmungen enthält, so verbleibt es lediglich bei den Naturalien des Geschäfts [2]); enthält er Bestimmungen darüber, welche unleserlich oder undeutlich sind, so wird über den verabredeten Inhalt Beweis erhoben [3]). Beziehen die mündlichen Abreden sich hingegen auf wesentliche Erfordernisse, als Einwilligung, Personen oder Gegenstand [4]), so sind sie nicht unerheblich und die Berufung darauf ist nicht unzulässig [5]), vielmehr ist, wenn das eine oder andere Erforderniß anders bestimmt worden, als die Schrift ausdrückt, der in der Schrift enthaltene Vertrag in Wahrheit nicht vorhanden, also nichtig, und deshalb anfechtbar [5a]), vorausgesetzt, daß die mündliche Abrede nicht etwa eine Abänderung des ursprünglich geschlossenen und ganz richtig abgefaßten Vertrags

31) I, 5, §. 154; I, 21, §§. 325 flg.; II, 5, §§. 186, 194.

1) I, 5, §§. 127, 128.

2) Dieses und nichts anderes ist im §. 129 ebd. damit gemeint, daß der Richter das im Kontrakte nicht Festgesetzte lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzen solle.

3) Ebend. §. 130. Der Zusammenhang dient dabei auch als Mittel.

4) Schles. Arch. Bd. III, S. 282 u. 295. Nur der Seltsamkeit wegen ist hier zu sagen, daß ein Appellationsgericht den Fall des Kaufs, wo das verabredete Kaufgeld in der Schrift niedriger angegeben worden war, um Stempel und Laudemien zu defraudiren, für eine mündliche Nebenabrede erklärte, was sogar der wörtlichen Bestimmung des I, 11, §§. 92—94 geradezu widerspricht.

5) Der Plenarbeschl. des Ober-Trib. v. 31. Jan. 1845 drückt den Satz so aus: daß der §. 128 nicht auf solche mündliche Abreden zu beziehen sei, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrages als rechtsungültig begründen. (Just.-Min.-Bl. 1845, S. 35, und Entsch. des Ober-Trib. Bd. X, S. 259).

5a) Pr. 1533, vom 15. Februar 1845.

sein soll, die freilich unwirksam sein würde. Der zulässige, von dem Falle der mündlichen Abreden wohl zu unterscheidende Einwand, daß der Kontrakt anders verabredet als niedergeschrieben worden, kann nicht durch die Behauptung, daß bei den Unterhandlungen über gewisse Punkte des Geschäfts Vereinbarung stattgefunden habe, die dann später in die schriftliche Urkunde über das endgültig abgeschlossene Geschäft nicht aufgenommen worden, nicht begründet werden; damit würde jeder schriftliche Kontrakt umgestoßen werden können. Vielmehr ist zur Begründung dieses Einwandes die Behauptung: daß und weshalb der fragliche Punkt gegen den Willen der Kontrahenten weggelassen worden, z. B. weil er aus Irrthum der Parteien dem Verfasser der Urkunde nicht mitgetheilt worden, während es doch in der Absicht der Parteien gewesen, solchen Punkt zum Bestandtheile des schriftlichen Kontrakts zu machen, oder weil er von ihnen zwar wirklich mit verlautbart aber von dem Verfasser der Urkunde aus Versehen übergangen und solches Versehen von ihnen nicht bemerkt worden sei, erforderlich[5b]).

§. 552.

cc) Beweis des Inhalts.

Kann der Inhalt nicht durch Auslegung (§. 132, Bd. I, S. 270) ermittelt werden, weil die Schrift unleserlich, oder der Ausdruck unverständlich oder undeutlich ist, so kann und muß die Abrede durch die gewöhnlichen Beweismittel dargethan werden (Note 3). Eben dasselbe tritt ein, wenn die Schrift abhanden gekommen. Hat aber der Eine den Verlust vorsätzlich veranlaßt, so gilt die Angabe des Andern von dem Inhalte für Beweis und Jener muß den vollständigen Gegenbeweis führen[6]).

5b) Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib. am 6. März 1849 in Sachen Rossow w. Müller, $^{805}/_{3184}$ III, 48.

6) I, 5, §. 170. — L. 20 C. de probation. (IV, 79). Der Grundsatz ist der nämliche, welcher bei der Editionsforderung gilt, wenn der Produkt nicht ediren und auch nicht schwören will, daß er die Urkunde nicht gefährlicher Weise abhanden gebracht habe. A. G. O. I, 10, §. 134. In diesem Falle gilt der Beweissatz des Produzenten, wegen der Kontumazia oder der eingestandenen Arglist des Produkten, für bewiesen. Vor dem A. L. R. wurde der bestrittenen Meinung nachgegangen, wonach der Produzent den Inhalt zu beschwören hatte. Diese Bestimmung war in das Corp. jur. Frid. IV, 6, §. 36 aufgenommen worden und ist in der zweiten Auflage, nämlich der A. G. O. I, 10, §. 120, unverändert stehen geblieben. Deshalb ist der Satz kontrovers. Das A. L. R. aber muß als die jüngere materielle Gesetzgebung entscheiden; denn die Regeln über die Beweislast gehören dem materiellen Rechte an. Recht der Ford. §. 85.

§. 553.

dd) Folgen des Mangels der schriftlichen Form.

I. Ein bloß mündlich abgeschlossener Vertrag, für welchen die schriftliche Form vorgeschrieben ist, erzeugt, so lange noch von keiner Seite mit Erfüllung angefangen worden ist, gar keine Klage auf Erfüllung oder Schadloshaltung für solche Nachtheile, die einem Kontrahenten daraus, daß der verabredete Vertrag wegen erfolgter Sinnesänderung des andern Kontrahenten gar nicht zur Erfüllung gekommen oder rückgängig geworden ist, entstanden sein sollten [7]. II. Durch Leistung des einen oder andern Theils aber entsteht eine Art klagbaren Realkontrakts. Es ist hinsichtlich der Berechtigung des Leistenden unterschieden zwischen Verträgen über Sachen und über Handlungen. A. Bei Verträgen über Sachen gilt Folgendes: 1. Jeder Theil kann in der Regel den Vertrag wieder aufrufen [8]. Thut dies der Empfänger, so darf er die angenommene Sache zurückgeben, oder, wenn sie nicht mehr zurückgegeben werden kann, vergüten [9]; wegen der Verwendungen wird er wie ein unrechtfertiger Besitzer angesehen. Ist die Sache nicht mehr in dem Zustande, in welchem er sie empfangen, gleichviel ob durch seine Schuld oder durch Zufall, so muß er, wenn der Andere nicht vorzieht, die Sache wie sie ist [10] wiederzunehmen, solche behalten und den verabredeten Preis als Werth ersetzen, d. h. also es verbleibt bei dem mündlichen Vertrage [11]; es ist ihm

---

7) I, 5, §. 168. Pr. 693, vom 29. Mai 1839.

8) Eine Ausnahme machen nur einjährige Pacht- und Miethverträge und Verträge über bewegliche Sachen, wenn sie von beiden Seiten vollständig erfüllt sind; sonst macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag von einer oder von beiden Seiten ganz oder nur zum Theil erfüllt ist. Recht der Ford. §. 86, Nr. III, 5. — Entscheid. des Ober-Trib. Bd. III, S. 341. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 501.

9) Ebend. §. 156. Besteht die Leistung in der Ueberlieferung des Gegenstandes an den Fuhrmann oder Schiffer; so ist nicht zu behaupten, daß der bezügliche Kontrahent die Erfüllung des mündlichen Vertrags „angenommen" habe; der Fall des §. 156 ist dann nicht vorhanden. Pr. 1064, vom 6. Nov. 1841.

10) Für Verschlimmerungen kann er nichts fordern, eine solche Klage ist versagt. §. 168 a. a. O. Erhaltungskosten muß er erstatten. Pr. 2189, v. 8. März 1850.

11) Ebend. §§. 157—159. Unter dem nicht mehr vorhandenen Stande zur Zeit der Uebergabe wird nicht ein zur Zeit, im Vergleich zu dem bei der Uebergabe, völlig veränderter Zustand, in welchem sie ihrer Bestimmung gemäß gar nicht gebraucht werden kann, sondern vielmehr nur das verstanden, daß überhaupt nur die willkührlich verursachten oder zufällig eingetretenen Veränderungen die Sache in ihrer Bestimmung und Brauchbarkeit gegen den Zustand zur Zeit der Uebergabe alteriren, was durch Gutachten von Sachverständigen festgestellt werden kann. Pr. 2152, vom 30. Oktbr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 527).

nicht erlaubt, einen Theil zu behalten oder zu verbrauchen und den Rest zurückzugeben, oder die verschlechterte Sache zurückzugeben und den Minderwerth zu vergüten. Ist ein Preis nicht verabredet, z. E. bei dem Tausche, so wird der Werth zur Zeit der Uebergabe ermittelt; ist die Sache unschätzbar, so bestimmt die versprochene Gegenleistung den Werth; ist diese ebenfalls unschätzbar, so tritt der Schätzungseid des Berechtigten ein[12]). 2. Tritt der Geber[12a]) zurück, so muß er die Sache in ihrem dermaligen Zustande wiedernehmen; der Andere hat dabei die Rechte eines redlichen Besitzers. Von geleisteten Geldzahlungen sind landübliche Zinsen, wenn der Empfänger zurücktritt, vom Tage des Empfanges, wenn der Zahler zurücktritt, vom Tage des dem Andern angekündigten Rücktritts zu zahlen[13]). Der Klageantrag muß von dem Geber, welcher bei dem Vertrage stehen bleiben will, gegen den zögernden Andern alternativ auf Erfüllung oder auf Rückgabe gestellt werden, ist er selbst es aber, der dabei nicht stehen bleiben will, so kann er unbedingt auf Zurückgabe des Gegebenen klagen[13a]). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Gegenstand ein dingliches Recht an einem Grundstücke ist, weil sie allgemeine sind und deshalb in allen Fällen Anwendung finden, für welche keine besondern Vorschriften gegeben sind. Für unbewegliche Sachen giebt es dergleichen nicht; denn die hierher gezogene Vorschrift des §. 233, I, 21 des A. L. R. bezieht sich nicht auf Verträge über eigenthümliche Ueberlassungen von Grundstücken und der Mangel der schriftlichen Form eines solchen Vertrages hindert nicht die Erwerbung des Eigenthums eines Grundstücks durch 30jährigen Besitz[13aa]). Ueberhaupt treten beide

---

12) Ebend. §. 160. Proz. Ordn. Tit. 22, §§. 10—12.

12a) Auch dieser kann zurücktreten und das Gegebene zurückfordern, mag er vollständig oder erst theilweise erfüllt haben. Pr. 436, vom 3. Februar 1838.

13) Ebenda §§. 162—164. Das gilt auch bei einem mündlichen Kaufkontrakte; der Verkäufer eines Grundstücks also, welcher den mündlichen Kontrakt aufrecht erhalten will, hat auch dann, wenn ihm der Käufer das Grundstück mit allen Nutzungen zurückgewähren muß, das empfangene Kaufgeld erst von dem Tage des ihm angekündigten Rücktritts zu verzinsen. Pr. 973, v. 22. Jan. 1841.

13a) §. 161 a. a. O. Entsch. des Ober-Trib. Bd. III, S. 341, u. Schl. Archiv, Bd. IV, S. 256. Vergleiche L. 3, §. 2 D. de condict. causa data (XII, 4). Die Klage kann nicht aus dem Grunde ganz oder angebrachtermaßen abgewiesen werden, weil nicht schon in der Klage angeboten worden ist, was dem Bekl. zusteht; sondern der Richter hat die Rechte des Bekl. und den dadurch eingeschränkten Anspruch des Kl. festzusetzen. Pr. 2289 (Pl.-Beschl.) v. 19. Mai 1851.

13aa) Pr. 891, vom 27. Juli 1840. Der §. 233 bezieht sich überhaupt nicht auf lästige Verträge und auf Eigenthumsübertragungen. Pr. vom 6. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 276).

Theile durch die einseitige Erklärung des Rücktritts in ein, dem Römischen Innominatkontrakte ähnliches, wechselseitiges Vertragsverhältniß, welches gegenseitig, durch Herausgabe oder Vergütung des Empfangenen erfüllt werden soll; es kommen daher die Grundsätze von der Erfüllung eines wechselseitigen Vertrages zur Anwendung, wonach kein Theil schuldig ist vorzuleisten und hinterdrein erst den Andern auf Herausgabe des Empfangenen zu belangen [13b]). B. Sind Handlungen oder Unterlassungen [13bb]) Gegenstand des Vertrags und sämmtlich geleistet, so müssen sie nach der Abrede vergütet, d. h. es muß nicht eben die ausbedungene Gegenleistung vertragsmäßig gethan, sondern es muß, so viel wie diese werth ist, in Gelde gegeben werden [14]). Sind sie nur theilweise geleistet, so braucht der Rest weder geleistet noch angenommen zu werden. Tritt der Handelnde zurück, so darf der Andere von dem bedungenen Lohne soviel abziehen, als der Rückstand noch kostet, außerdem hat er, wenn das Verdiente dazu nicht hinreicht, keinen Entschädigungsanspruch; tritt der Empfänger zurück, so muß er das Geleistete nach Schätzung Sachverständiger vergüten [15]). Gehört die vertragsmäßig geleistete Handlung nicht zum Vermögensrechte, wie z. E. die Heirath, so muß schlechthin die versprochene Gegenleistung erfolgen, d. h. der mündliche Vertrag ist nun wegen Mangels der Form nicht mehr anfechtbar, wenn auch der Gegenstand ein Grundstück ist [15a]). III. Ist der mündliche Vertrag von beiden Theilen erfüllt worden, so wird der, wegen nicht gehöriger Erfüllung des einen Kontrahenten von dem Andern erhobene Anspruch auf Entschädigung durch den Grundsatz I nicht ausgeschlossen [15b]); es findet dann auch die Klage auf Vergütung behaupteter Gewährsmängel statt [15c]).

13b) Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib. in Sachen Bußmann w. Wilken, $^{600}/_{420}$ III, 48, am 13. Februar 1849. Vergl. Entsch. Bd. III, S. 341 und Schl. Archiv IV, 256.

13bb) Pr. 1700, vom 6. Februar 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 119).

14) A. L. R. §§. 165, 166; I, 11, §. 882.

15) I, 5, §§. 166, 167. Auf die Verabredung wird also auch hier nicht gesehen. Dadurch unterscheidet sich das Institut von dem Röm. Innominatkontrakte im Fall der Kläger nicht zurücktrat.

15a) Pr. 1631 (Pl. Beschl.) vom 7. November 1845 (Entsch. XII, 31); I, 11, §. 1048.

15b) Pr. 1645, vom 21. November 1845. Vergl. Pr. 1853, v. 19. Febr. 1847 (Entsch. XV, 83).

15c) Pr. 693, v. 29. Mai 1839. Nur das Interesse wegen verweigerter Erfüllung soll nicht gefordert werden können. §. 168 a. a. O.

§. 554.

c) Gerichtliche Form.

I. Die gerichtliche Form besteht in der Vollziehung der Schrift über den verabredeten Vertrag, oder in der Anerkennung und Genehmigung der bereits aufgesetzten Schrift ihrem Inhalte nach[16]), vor gehörig besetztem Gerichte. In der Regel ist, nach der jetzt bestehenden Verfassung[17]), ein Gericht durch eine einzige Person, wenn sie zum Richteramte verpflichtet ist, gehörig besetzt. Früher waren dazu ein Richter und ein Aktuarius, oder statt des Letztern zwei vorher als solche angestellte und vereidete Beisitzer (Schöppen) oder doch ein solcher Schöppe und ein Urkundszeuge erforderlich[18]). Ausnahmsweise ist ein auf diese Weise **vollständig** besetztes Gericht noch jetzt erforderlich: bei Testaments-Auf- und Annahmen, Erbverträgen, Ehestiftungen mit Erbfolgeverfügungen, und überhaupt bei allen das Erbrecht bestimmenden Handlungen[19]). II. Die gerichtliche Form erfordern folgende Verträge: 1. Verträge der Blinden und Taubstummen[20]); 2. Verträge der, wenn auch nur vorübergehend, Schreibens- oder Lesensunfähigen, wenn der Vertrag sonst schriftlich zu errichten gewesen wäre. Es genügt, wenn die Person Geschriebenes lesen und bloß ihren Namen schreiben kann, nicht aber, wenn sie ihren Namen schreiben doch nicht Geschriebenes lesen kann[21]). Diese Verträge (Nr. 2) können auch

---

16) Die Anerkennung bloß der Unterschriften genügt in den Fällen, wo die gerichtliche Form zur Gültigkeit gehört, nicht. A. G. O. I, 10, §. 125; I, 50, §. 454; II, 3, §. 22; III, 7, §. 49. — A. L. R. I, 12, §. 114.

17) Eingeführt durch die Cirkular-Verordnung vom 30. Dezember 1798, Abschn. 5, §. 1 (Anh. z. A. G. O. §. 78 und 421), weil die in Folge der neuen Gerichts- und Prozeßordnung überhand genommene Schreiberei ein zu großes Personale erfordert haben würde, wenn jeder Richter zu jeder Handlung einen Protokollführer hätte haben sollen; man benutzte daher, der Ersparung wegen, auf Kosten der Rechtsgewißheit den Richter zugleich als Protokollschreiber.

18) A. G. O. I, 25, §§. 50, 51; II, 2, §. 16. — A. L. R. I, 12, §. 82. Die Vereidigung braucht nicht gerichtlich, sie kann auch von einer andern öffentlichen Behörde rechtsgültig geschehen.

19) Anh. z. A. G. O. §. 421. Deshalb gehören auch Verträge über die Ausschließung der Gütergemeinschaft unter Umständen zu dieser Klasse; das Ober-Trib. hat jedoch das Gegentheil angenommen (Entscheid. Bd. II, Nr. 2), was indeß für künftige Fälle keine Sicherheit giebt. S. u. §. 841, Note 5.

20) I, 5, §. 171. Eine Ausnahme macht das Edikt vom 27. Juni 1811, wegen Veräußerung der Domainen rc. §. 9. Pr. 3, von 1832.

21) Anh. z. A. G. O. §. 72.

vor Notar und Zeugen und, wenn die Parteien gemeine Landleute sind, vor gehörig besetztem Dorfgerichte, welches aus dem Schulzen, zweien Schöppen und einem Gerichtsschreiber besteht (§. 62), gültig errichtet werden [22]). Ist das Gericht nach alter Art vollständig besetzt, so bedarf es weiter keiner Formalität [23]). Besteht es aber nur aus dem Richter allein, so muß ein von der Schreibens oder Lesens unfähigen Partei gewählter oder von dem Richter zugeordneter Beistand zugezogen werden, welcher wenigstens bei der Vorlesung und Unterzeichnung zugegen sein und die Handzeichen der Partei attestiren, oder wenn sie auch nicht Handzeichen machen kann, den Namen dieser Partei unterschreiben und seine Unterschrift beifügen muß. Der Hergang, also auch die Zuziehung des Beistandes, muß in dem Protokolle selbst aufgeführt werden [24]). Doch ist die Verhandlung aus dem Grunde, weil das Protokoll keine Angabe darüber enthält, daß und wie der zugezogene Unterschriftsbeistand der Unterkreuzung und Genehmigung desselben beigewohnt hat, für die schreibensunkundige Partei nicht unverbindlich [25]). Im Falle die Verhandlung für die unfähige Partei unverbindlich und der andere Theil schreibfähig ist, entsteht dasselbe Verhältniß, wie wenn Jemand einen mündlich abgeschlossenen Vertrag schriftlich anerkannt hat [26]). 3. Verträge, welche in einer dem einen oder beiden Kontrahenten unverständlichen Sprache abgeschlossen werden; doch genügt hier auch die notarielle Form. Versteht der Richter oder Notar selbst die Sprache, so genügt es, wenn er den Akt deutsch niederschreibt, von dem Protokolle eine Uebersetzung durch einen Dollmetscher machen, und beide Exemplare von den Parteien vollziehen läßt; auf die Uebersetzung können die Parteien verzichten [27]), auch können

---

22) I, 5, §§. 172, 173. Wenn ein Aufsatz mitgebracht, dieser nach vorheriger Vorlesung genehmigt und darüber ein gehörig vollzogenes Protokoll aufgenommen wird, so genügt dieß, um als gerichtlicher Vortrag zu gelten. Pr. 1558, vom 5. April 1845 (Entsch. XI, 185).

23) K. O. vom 20. Juni 1816 (G. S. S. 203).

24) I, 5, §§. 175—178. — Anh. §. 5. — Anh. z. A. G. O. §§. 68, 70, 71. — Pr. 1822 (Pl. Beschl.) v. 15. Januar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 3).

25) Pr. 2065 (Pl. Beschl.) v. 6. Nov. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 66).

26) I, 5, §. 174; Anh. §. 5. — Anh. z. A. G. O. §. 68. Vergl. oben §. 550, I, 6.

27) Anh. z. A. G. O. §. 75; Anh. z. A. L. R. §. 31.

sie sich über einen unvereideten Dollmetscher einigen [28]). Versteht der Beamte die Sprache nicht, so muß von Anfang ein vorher oder nachher vereideter, oder ein von den Parteien gewählter unvereideter Dollmetscher zugezogen werden, welcher ein Nebenprotokoll in der Sprache der Kontrahenten, wenn darauf nicht verzichtet wird, zu führen hat. Gehört der Vertrag zu der Klasse, welche ein vollständig besetztes Gericht erfordert, so müssen zwei Dollmetscher, und wenn der Richter die Sprache versteht, doch ein Dollmetscher von Anfang zugezogen werden [29]). Ist bei der Verdollmetschung Etwas versehen, so ist der Vertrag gleichwohl formell gültig, aber die Urkunde hat gegen den Unkundigen keine Beweiskraft [30]). 4. Verträge über Grundbesitzrechte, namentlich Eigenthum, Pfandbesitz; doch bedürfen dieselben, mit Ausnahme der Pachtverträge über ganze Landgüter (§. 700), nicht zu ihrer Gültigkeit, sondern nur zur Beglaubigung, Behufs Eintragung in das Grundbuch, dieser Form, daher auch die Anerkennung der Unterschriften vor Gerichte oder vor einem inländischen Notare und Zeugen genügt [31]). 5. Außerdem giebt es eine Anzahl einzelner Verträge, für welche die gerichtliche Form zur Gültigkeit besonders vorgeschrieben ist; eine allgemeine Rechtsregel liegt dabei nicht zu Grunde, der Zweck ist Beaufsichtigung oder Bevormundung und es ist rein positiv, wieweit dieselbe gehen soll [32]).

§. 555.

d) Realkontrakte.

Die durch angenommene Leistung erzeugten Rechtsverhältnisse können ohne gewaltsame Störung des Verkehrs von keiner Gesetzgebung verleugnet werden, man findet daher, wiewohl die Verfasser des Gesetzbuchs diese Klasse von Verträgen in ihrem Systeme übergehen, auch in dem Pr. R. in der That dieselbe vor, nur daß

---

28) I, 5, §. 181. Der instrumentirende Beamte muß sich über die Wahl, unabhängig von dem angeblich Gewählten, Gewißheit verschaffen.

29) I, 5, §§. 179, 180. — Anh. §. 75. — I, 12, §§. 125, 129, 132.

30) I, 5, §. 184. Diese Deutung muß man dieser Bestimmung geben.

31) I, 5, §§. 122—124. — I, 10, §§. 15—17. — I, 18, §. 691. — I, 20, §. 103. — G. vom 23. April 1821 (G. S. S. 43).

32) Eine unvollständige Aufzählung findet sich in der A. G. O. Th. II, Tit. 1, §§. 6 und 9. Es fehlen z. B. die Fälle I, 13, §. 116; I, 12, §. 571; II, 8, §. 1206; II, 8, §. 1973; II, 1, §. 484. Einiges geändert ist durch das Ges. vom 11. Juli 1845 (G. S. S. 495).

den Kontrahenten dabei in der Art Zwang geschieht, daß meistentheils nicht ihre Verabredung, sondern was die Verfasser des Gesetzbuchs vorgeschrieben haben, gelten soll, wenn die Schrift fehlt. Die Realkontrakte finden sich verstreut vorgetragen, je nachdem sie nach den Erfolgen oder Zwecken in das landrechtliche System haben eingereihet werden können[33]). Am wenigsten Willkühr findet sich bei dem Darlehn, wo die aus der Leistung (re) entstehende Verbindlichkeit von der damit gewöhnlich verbundenen konsensuellen Verbindlichkeit zutreffend unterschieden wird[34]). Durch die eigenthümlichen Bestimmungen des A. L. R. über die Form und die Folgen des Mangels derselben ist eine ebenso eigenthümliche Klasse von Realkontrakten, in welche die vorschriftswidrig abgeschlossenen Verträge durch die hinzugekommene Erfüllung übergehen, erzeugt (§. 553), indem dabei die Parteien etwas ganz anderes unter sich gelten lassen müssen, als sie verabredet haben.

§. 556.

e) Formfreie Verträge.

I. Als bloße Konsensualkontrakte gültig sind: 1. Verträge und insbesondere auch Vergleiche[35]) über bewegliche Sachen und diesen gleichstehende Rechte, namentlich über Kaufhandlungen, über Meß- und Markt-Waaren, wenn sie von beiden Seiten erfüllt worden sind[36]). Sie können also nicht widerrufen werden; eine Klage auf Erfüllung oder Entschädigung wegen Nichterfüllung, oder wegen mündlicher Nebenabreden findet aber nicht statt[37]), ausgenommen, was die Naturalien des durch beiderseitige Erfüllung bekräftigten Geschäfts betrifft, auf welche allerdings eine Klage gegründet werden kann[38]). 2. Verträge, welche über be-

---

33) Z. B. das Darlehn unter den mittelbaren Erwerbungsarten des Eigenthums; das Depositum unter den Mitteln zur Erhaltung des Eigenthums und der Rechte, zusammengestellt mit Bürgschaften, Pfändungen und Protestationen u. s. w.

34) I, 11, §. 727 vergl. mit §§ 729, 734 ff., 740, 742.

35) I, 5, §. 146, verglichen mit I, 16, §. 407. Pr. 1853, vom 19. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 457 und XV, 83).

36) I, 5, §§. 146, 149.

37) Ebend. §. 147. Vergl. o. §. 553, Nr. I.

38) Vergl. Schles. Archiv, Bd. III, S. 633 u. flg., u. o. §. 553, Nr. III.

wegliche körperliche Sachen von Inländern außerhalb Landes an einem Orte, wo mündliche Verträge ohne Unterschied gelten, mündlich geschlossen sind [39]. 3. Verträge über Gegenstände, deren Werth 50 Thaler nicht übersteigt, wenn nicht ohne Rücksicht auf den Werth eine Form besonders vorgeschrieben ist (§. 550, II, Nr. 6). II. Eine eigenthümliche Form ist für den Gesinde-Miethsvertrag durch das Geben und Nehmen des Miethsgeldes [40], und für die Ehe durch die Trauung [41] vorgeschrieben.

§. 557.

3. Personen und Gegenstand.

I. Die Vertrag schließenden Personen müssen 1. so bezeichnet sein, daß sie aus dem Vertrage selbst als Kontrahenten erkannt werden können, sonst fehlt es an einem wesentlichen Erfordernisse des Vertrags, wovon Nichtigkeit die Folge ist (§. 546 Note 4). Sie müssen 2. zu Rechtsgeschäften überhaupt fähig sein (§. 112 Bd. I, S. 241 flg.) und 3. müssen sie die besondere Fähigkeit haben, den bestimmten Vertrag einzugehen. II. Der Gegenstand muß bestimmt und so bezeichnet sein, daß er von andern ähnlichen Dingen unterschieden werden kann, und außerdem muß er Gegenstand einer Willenserklärung überhaupt (§. 115 Bd. I, S. 246) und des bestimmten Vertrags insbesondere sein können.

§. 558.

III. Bestärkung.

A. L. R. I, 5 §§. 185—225, 292—316.

Das Pr. R. kennt folgende Bestärkungsmittel, d. h. Solennitäten oder Nebenabreden, wodurch dem Gläubiger die Erhaltung oder Verfolgung seines Rechts erleichtert werden soll. I. Entsagung der Einwendungen. Entsagung (renunciatio) als Bestärkungsmittel eines Vertrags heißt das Nebenversprechen, von dem aus

---

39) I, 5, §. 148. Warum nicht dergleichen Verträge auch über Rechte gelten sollen, ist nicht zu sagen; es widerspricht der Regel I, 5, §. 111.

40) I, 5, §. 137; II, 5, §§. 22, 23; Ges. O. von 1810, §§. 22—24. — Anders nach G. R., welches in der neuen Ges. Ordn. für Neuvorpommern, v. 1845, beibehalten ist, und nichts als Konsens erfordert.

41) II, 1, §. 136. S. unten Buch IV, §. 748.

einem besondern Grunde zustehenden Rechte, sich einseitig von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien, keinen Gebrauch machen zu wollen [1]). Die Schule unterscheidet allgemeinste Entsagung (r. generalissima), allgemeine (r. generalis) und besondere (r. specialis). Die allgemeinsten Entsagungen, d. h. solche, welche sich allgemein auf alle mögliche Einreden überhaupt beziehen, sind wirkungslos [2]); ebenso die allgemeinen oder solche, welche auf Einreden, die gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft zulässig sein können, im Allgemeinen gehen; die besondern aber, welche die Einwendungen namentlich bezeichnen, entziehen dieselben, wenn der Entsagende von der Bedeutung nach einer vorausgegangenen Belehrung oder nach seinen eigenen Ausdrücken Wissenschaft gehabt hat [3]), ausgenommen, wenn der Grund der entsagten Einreden ein solcher ist, welcher die Gültigkeit des Vertrags von Anfang ausschließt [4]), oder wenn dem Einwande, nach positiver Vorschrift, nicht gültig entsagt werden kann, oder wenn der Einwand einem Dritten zusteht (exceptio de jure tertii) [5]). Entsagungen und Verzichtleistungen müssen in der Regel ausdrücklich geschehen [6]), werden nach den allgemeinen Auslegungsregeln erklärt und auf dem Entsagenden unbekannte Rechte nicht bezogen (§. 213 Note 10 und § 212, II, 1). Stillschweigende Entsagungen werden ausnahmsweise nur zufolge einer besondern Vorschrift angenommen [7]). II. Gerichtliche Bestätigung. Diese ist 1. eine der Urkunde angehängte Erklärung des instrumentirenden Gerichts, daß der Vertrag für rechtsgültig zu achten. Sie ist zur Gültigkeit oder Beweiskräftigkeit nicht erforderlich und macht ein ungültiges Geschäft auch nicht gültig (confirmatio nihil dat novi), sondern hat nur den Zweck, dem Geschäfte einen höhern Grad von Festigkeit und Unverletzbarkeit zu geben und bewirkt, daß nur sofort liquid zu machende Einwendungen gegen die Gültigkeit und den Inhalt

---

1) I, 16, §. 378. Ueber Entsagungen überhaupt s. o. §. 212.

2) I, 5, §. 193. — A. G. O. II, 2, §. 54. — L. 4, §. 4 D. si quis caut. (II, 11).

3) I, 5, §§. 197, 198. — A. G. O. II, 2, §. 32 und I, 25, §. 65.

4) Z. B. Betrug, Zwang, Furcht, Irrthum, Simulation. I, 5, §. 194.

5) A. L. R. §§. 195, 196 a. a. O. — L. 29 C. de pactis (II, 3); L. 41 D. de minor. (IV, 4).

6) I, 16, §. 381. — Einleit. §§. 105 und 106. — Simon, Rechtsspr. I, S. 143. Der Ausdruck kann durch jedes Zeichen, welches die Absicht deutlich erkennbar macht, geschehen.

7) Z. B. in Prozessen. I, 16, §. 383. — I, 11, §. 843 gehört nicht hierher.

des Vertrags in demselben Verfahren zulässig sind[8]); andere an sich statthafte Einreden müssen im besondern Verfahren geltend gemacht werden[9]). Bestätigung heißt 2. die bei einigen Geschäften zur Gültigkeit erforderliche[10]) Genehmigung des Richters[11]). Diese ist von ganz anderer Art, hat die Natur einer wesentlich erforderlichen Konsensertheilung, kann nur von dem zuständigen Richter ausgehen[12]) und setzt eine nähere Kenntnißnahme und Prüfung voraus (causae cognitio)[13]). Jede Bestätigung, auch die landesherrliche, ist den Rechten Dritter unnachtheilig[14]). III. Draufgabe (arrha), Angeld, Handgeld, Mahlschatz, Haftgeld, d. h. Dasjenige, was ein Theil dem Andern zum Zeichen des wirklich geschlossenen Vertrags giebt, und ist, außer dem Gesindemiethsvertrage, wo das Handgeld die Form des Vertrags vorstellt (§. 556, II), ein bloßer Beweis des Abschlusses[15]). 1. In dieser Bedeutung ist sie aus dem R. R. hergekommen. Darnach wird der Empfänger nicht Eigenthümer, sie wird zurückgegeben oder angerechnet, sobald ihr Zweck aufhört, nämlich der Vertrag erfüllt oder wieder aufgehoben ist[16]). Anders ist es nach deutscher Rechtsansicht mit dem deutschen Handgelde, welches dem Empfänger als eine Zugabe gelassen zu werden pflegte[17]). Beide Institute sind mit einander im Pr. R. vermischt, und es kommt in jedem Falle auf die Thatsache an: was die Parteien gewollt haben. Fehlt eine Abrede darüber, so wird angenommen, daß, wenn die Draufgabe mit der Leistung des Gebers gleichartig ist, sie die Bedeutung der Röm. Arrha hat, folglich angerechnet

---

8) I, 5, §§. 200, 202, 203; A. G. O. II, 1, §. 21—23.

9) A. G. O. I, 10, §. 126 bezieht sich auf die Beweiskraft der Urkunde, nicht auf die gegen das Geschäft statthaften Einreden, und steht daher mit dem A. L. R. I, 5, §. 203 nicht in Widerspruch.

10) I, 3, §§. 40, 43, 44.

11) Beispiele: I, 20, §. 227; II, 2, §. 667; I, 11, §. 651.

12) I, 20, §§. 233, 234; II, 4, §§. 29, 63. — A. G. O. II, 1, §. 3, Nr. 2 und §§. 4, 6. — II, 2, §. 667.

13) I, 20, §. 228 u. flg., 234.

14) I, 5, §. 204. Die gebräuchliche Bestätigungsformel: „den Rechten eines Dritten unbeschadet,“ ist überflüssig, und kann ohne Nachtheil wegbleiben.

15) Ebend. §. 205. — Pr. J. de emt. (III, 24). — L. 35 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

16) L. 5, §. 15 D. de institut. act. (XIV, 3); L. 11, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1); L. 2 C. quando liceat (IV, 45).

17) Dreyer, Differentia jur. Rom. et Germ. in arrhis emtionum (Kil. 1747) diff. 2.

oder zurückgegeben wird; wenn sie aber ungleichartig ist, der Empfänger als Eigenthümer sie als Zugabe behält[18]). Wird der Vertrag ohne Schuld einer Partei rückgängig, so ist die Draufgabe in ihrer derzeitigen Beschaffenheit zurückzugeben, oder wenn sie nicht mehr vorhanden ist, nach dem Werthe zur Zeit des Empfanges zu ersetzen, ausgenommen der Fall, wenn der Vertrag wegen Mangels der Form zurückgeht, wo die Draufgabe so behandelt wird, wie eine Leistung auf den Kontrakt[19]). Bleibt der Vertrag aus Schuld des Gebers unerfüllt, so verliert er die Draufgabe, kann sie aber auf die zu leistende Entschädigung anrechnen; hat der Empfänger Schuld, so muß er die Draufgabe, nach der Wahl des Gebers, in Natur zurückgeben, oder den Werth nach der Zeit des Empfanges erstatten[20]). 2. Nach der Bedeutung der Draufgabe oder des Handgeldes kann kein Theil sich durch Aufopferung und beziehlich Zurückgabe von dem Vertrage befreien[21]). Ist ein solcher Rücktritt ausbedungen, so ist die Draufgabe eine Wandelpön (Reubuße, mulcta poenitentialis)[22]), wofür auch die auf den Fall, wenn der Vertrag ganz rückgängig werden sollte, statt des Interesses des andern Theils verabredete Strafe genommen wird, wenn nicht ein Anderes erhellet[23]). Jeder Theil kann dann zwischen Erfüllung oder Rücktritt wählen. Von der einmal gültig getroffenen Wahl kann man nicht mehr abgehen; die Wahl geschieht rechtsverbindlich entweder durch Anfang der Erfüllung (re), oder durch Willenserklärung (verbis), welche die Form haben muß, die der Vertrag selbst erfordert[24]). Die von Neuern s. g. arrha pacto imperfecto data kommt weder im G. R. noch im Pr. R. vor. IV. Konventionalstrafe[25]). Darunter versteht man

---

18) I, 5, §§. 207, 208, 216. — Recht der Ford. §. 113.

19) I, 5, §§. 220—223, 156 flg.

20) Ebend. §§. 217—219, 224, 225. — L. 6 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — L. 11, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1).

21) I, 5, §§. 210, 211. — L. 35 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 6 C. de rescind. vend. (IV, 44). War streitig.

22) I, 5, §§. 212, 312 u. die Note 21 bezeichneten LL. — Wolff, über Reugeld; in den Abhandlungen aus dem bürgerlichen Rechte (Fulda 1841), S. 77 flg.

23) I, 5, §. 313. Ist Willensauslegung. — Es ist nicht erlaubt, auf den Fall der nicht gehörig erfolgenden Entrichtung der Wandelpön eine fernere Konventionalstrafe oder Wandelpön vorzubedingen. Darin hat die Wandelpön den Karakter einer Konventionalstrafe. §. 304 a. a. O. — Pr. 2146, v. 7. Septbr. 1849 (Entsch. XVIII, 525).

24) Ebend. §§. 314, 215, 315, 316.

25) Ebend. §§. 292—316. — Anh. §. 6.

eine unter der Bedingung, daß das Hauptversprechen überhaupt oder in den Nebenumständen nicht gehalten wird, versprochene Leistung. Die dadurch begründete Verbindlichkeit ist eine **bedingte**, der Zweck ist nicht immer Vorausbestimmung des Interesses [26]), sondern oft auch bloß Sicherung der Erfüllung [27]). 1. Gegenstand kann Alles sein, was Gegenstand einer Willenserklärung überhaupt sein darf [28]). 2. Ungültig ist die Verbindlichkeit ebenfalls wie andere Willenserklärungen, wenn etwas Unerlaubtes durch die Strafe bezweckt werden soll [29]), und soweit sie den doppelten Betrag des wirklich auszumittelnden (an sich schätzbaren) Interesses übersteigt [30]). 3. Ist die Strafe allein in obligatione und die Leistung in conditione, so muß die Strafe gezahlt werden, wenn auch die Leistung durch Zufall subjektiv unmöglich wird [31]); ist Beides in obligatione und zwar nebeneinander (kumulativ), so kann Beides gefordert werden [32]), ist es nur das Eine oder das Andere (alternativ), so hat der Gläubiger die Wahl [33]). Fällt die Wahl auf die Strafe, so kann außerdem an Interesse nur dann noch Etwas gefordert werden, wenn die Strafe nur für eine gewisse Art von Schaden verabredet ist [34]). Die Vermuthung ist für die alternative Verbindlichkeit [35]). 4. Die Verbindlichkeit

---

26) §. 292 a. a. O. — §. 7 J. de verb. obl. (III, 16).

27) §. 308 a. a. O. — Hymmen, Beiträge, VIII, S. 38. — §. 19 J. de inutil. stip. (III, 20); L. 38, §. 17, L. 81 D. de verb. obl. (XLV, 1).

28) §§. 297, 298 a. a. O. — L. 11, §. 2 D. de recept. qui arbitr. (IV, 8). — S. o. §. 115, Bd. I, S. 246.

29) Z. E. wenn der Zinswucher darunter versteckt werden soll. I, 11, §. 825; I, 5, §. 310. — S. o. §. 115.

30) I, 5, §§. 300—304. Die Behauptung, daß die Konventionalstrafe das Doppelte des Interesses übersteige, ist eine wahre Einrede, welche von Dem, der sich dadurch schützen will, bewiesen werden muß. Pr. 1676 (Pl. Beschl.) vom 23. Januar 1846 (Entsch. XII, 3).

31) I, 4, §. 100. — L. 115, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1). Ein Beispiel: L. 44, §. 5 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

32) Dies ist z. B. der Fall, wenn die Strafe auf die Zögerung gesetzt ist. I, 5, §§. 295, 311. — L. 71 D. pro socio (XVII, 2); L. 12 C. de contrah. stip. (VIII, 38). Dann bedarf es keines Vorbehalts bei der Annahme der ungehörigen Erfüllung. (Entsch. XX, 89.)

33) I, 5, §§. 306, 311. — L. 4 C. de pactis (II, 3).

34) §. 294 a. a. O. — L. 47 D. de act. emti (XIX, 1); L. 40 C. de transact. (II, 4). Sind mehrere einzelne, jede für sich bestehende Leistungen verabredet, und ist die Nichterfüllung nur der einen oder der andern derselben mit einer Konventionalstrafe bedroht, so geht durch die Annahme der einen, nicht der Strafe unterworfenen Leistung ohne Vorbehalt, das Recht auf Einforderung der in Bezug auf eine andere Leistung bestimmten, schon verfallenen Konventionalstrafe nicht verloren. Pr. 1263a, vom 28. Januar 1843.

35) L. 115, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1).

wird unbedingt (die Strafe verfällt) mit fruchtlosem Ablaufe der Zeit, wo die Leistung erfolgen sollte, ohne daß es der Mahnung bedarf[36]; späteres Angebot der Erfüllung ist einflußlos, der Gläubiger hat nun, wenn er nicht Beides fordern kann, die Wahl; nimmt er die Erfüllung ohne Vorbehalt an, so fällt die Strafe folgerecht weg[37]. Soll die Annahme der spätern Erfüllung einer, mit Konventionalstrafe bedrohten Leistung selbst, ganz oder theilweise, mit einem Vorbehalte, die Wirkung haben, daß das Recht auf die Konventionalstrafe, der Erfüllung ungeachtet, in Kraft bleibt; so muß der Vorbehalt sofort bei der Annahme der Erfüllung ausgesprochen werden und mit dieser zusammenfallen; eine Frist zur Erklärung des Vorbehalts findet überhaupt, etwa in der Art, wie bei der Erklärung über die Annahme eines Versprechens oder Eingehung eines Vertrages, nicht statt[38]. Ist die Leistung nur zum Theil rechtzeitig geschehen, oder ist nur in den Modalitäten gefehlt worden, so gilt dieser Mangel nicht für Eintritt der Bedingung bei Konventionalstrafen, welche auf die gänzliche Nichterfüllung gesetzt sind; der Gläubiger kann in diesem Falle nur sein erweisliches Interesse fordern[39]. 5. Ob der Schuldner die verfallene Strafe oder die Hauptobligation bezahlen soll, steht ganz in der Wahl des Gläubigers auch in dem Falle, wenn einem Dritten die Strafe zufallen soll und Dieser sie acceptirt hat; der Dritte hat kein Klagerecht[40], weil er nicht wahrer Mitkontrahent ist. 6. Die Verbindlichkeit aus dem Versprechen der Konventionalstrafe ist in allen Fällen unwirksam, wo auch die Hauptverbindlichkeit unklagbar ist[41], wenn nicht die bedingte Obligation auf Strafe der alleinige Inhalt der Obligation und die Leistung der Handlung nur als Bedingung beigefügt ist, wo die Regeln von bedingten Obligationen maßgebend sind und hinsichtlich der Form bloß der Betrag der Konventionalstrafe entscheidet. V. Die kassatorische Klausel,

---

36) §. 305 a. a. O. — L. 115, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 23 D. de obl. et act. (XLIV, 7); L. 12 C. de contrah. stip. (VIII, 38).

37) §§. 306, 307 a. a. O. — L. 23 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

38) Pr. 1263 b, vom 28. Januar 1843 (Pr. Buch, S. 8).

39) §. 296 a. a. O. Ist die Meinung einiger gemeinrechtlicher Civilisten. Glück, Kommentar, Bd. IV, S. 541. Anders nach L. 47 D. de act. emt. (XIX, 1); L. 5, §. 4; L. 35, §. 6 D. de verb. obl. (XLV, 1).

40) §§. 308, 309 a. a. O. — Hymmen, Beiträge, VIII, S. 40.

41) §. 310 a. a. O. — L. 28 D. de act. emti (XIX, 1); L. 4, §. 7 D. de doli mali exc. (XLIV, 4). Eine Anwendung davon ist §. 6 des Anh. z. A. L. R.

d. i. die Nebenabrede, daß der eine Kontrahent zurücktreten darf, wenn der Andere seine Zusage nicht prompt erfüllt. Wird davon Gebrauch gemacht, so muß Alles in seinen vorigen Stand gebracht werden[42]), wodurch sie sich von der lex commissoria unterscheidet, in Folge welcher der Betroffene sein Recht aus dem Vertrage verliert, also nichts zurückfordern kann. Das Recht aus dieser Nebenabrede geht verloren, wenn nach der Zeit noch Etwas auf die Erfüllung ohne Vorbehalt angenommen wird, oder wenn der Gläubiger die Erfüllung fordert[43]). — Stillschweigend versteht sich die Klausel nur bei der nothwendigen Subhastation[44]).

IV. Wirkungen der Verträge.

§. 559.

A. Das Allgemeine.

Ein gültiger Vertrag verpflichtet jeden Theil das Versprochene zu leisten[1]); weder besondere Lästigkeit des Vertrags noch eingetretene Erschwerung der Erfüllung berechtigen zum einseitigen Rücktritt, selbst mit angebotener Entschädigung[2]); und eine Abrede, daß die Parteien nicht gebunden sein sollen, schließt den Begriff des Vertrags aus (§. 547, I); nur bei dem Kaufe gilt eine Art von Ausnahme (S. u. §. 726 u. §. 674, IV, 7). Die genaue Erfüllung kann mittelst der Klage erzwungen werden. Jedes Rechtsverhältniß hat seine eigenthümlichen Angriffs- und Schutzmittel, welche nach ihren Besonderheiten wohl zu beachten sind, wennschon auf die technischen Namen nach Pr. R. nichts ankommt (§§. 187 flg. und 193 flg.) Ein Klagrecht ist jedoch

42) I, 11, §. 266. Am häufigsten wird die Klausel den Stundungs- oder Erlaßverträgen angehängt. L. 47 D. de pactis (II, 14).

43) I, 11, §. 267; I, 5, §§. 215, 316. — L. 4, §. 2, L. 2, 3, 7 D. de lege commiss. (XVIII, 3); L. 4 C. de pact. inter emt. (IV, 54).

44) I, 11, §. 346. Deshalb bedarf es zur Resubhastation eigentlich nicht des exekutivischen Zahlungsbefehls mit einer vierwöchentlichen Frist. Dadurch, daß der Zuschlagsbescheid, nach neuerm Rechte, zugleich als Urtel in das übrige Vermögen des Erstehers vollstreckbar ist, sind die Gläubiger nicht ihres Hauptrechts verlustig geworden. S. auch die Note 107 S. 1089 meiner Pr. O.

1) I, 5, §. 270. — L. 1 pr. D. de pactis (II, 14). — L. 39 C. de transact. (II, 4); L. 11, §. 2 D. de act. emti (XIX, 1).

2) §. 374 a. a. O. — L. 6 C. de obl. et act. (IV, 10); L. 6 C. de rescind. vend. (IV, 43). Eine Ausnahme s. u. §. 567, Note 5.

vielen Verträgen gemeinsam, nämlich die Klage auf Gewährleistung. Die sonst auch für allgemein gehaltene Einrede des nicht erfüllten Kontrakts (exceptio nondum impleti contractus) ist jedoch nur einer gewissen Klasse von Verträgen eigen (S. u. §. 673), weshalb hier nur die Lehre von der Gewährleistung vorzutragen ist.

B. Verbindlichkeit zur Gewährleistung.

A. L. R. I, 5, §§. 317—348. — I, 11, §§. 135—206, 344, 367—372, 420—441, 484—486, 875, 1083, 1084; I, 16, §. 242. — I, 21, §§. 84, 226, 272, 273, 355, 360, 418 ff. — I, 17, §. 97, 98. — I, 20, §§. 85—88, 23. — A. G. O. I, 17.

§. 560.

A. Grundsätze.

Ein gültiger zweiseitiger Vertrag begründet in der Regel stillschweigend die Verbindlichkeit (das Naturale) für jeden Theil, dem Andern dafür, daß von der in Gemäßheit des Vertrags gegebenen Sache der vertragsmäßige Gebrauch gemacht werden kann, zu haften (Gewähr zu leisten)[3]). Diese Verbindlichkeit beschränkt sich bei Verträgen, wo Rechte und Pflichten des einen und andern Theils fortdauernd sind, keinesweges auf den Zustand und die Zeit der Uebergabe, sondern dauert so lange an, als der Vertrag selbst; ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften müssen also während der ganzen Dauer des Rechtsverhältnisses gewährt werden[3a]). Der Grund, warum dem Empfänger ein solcher Gebrauch unmöglich wird, liegt entweder in einem juristischen Mangel, oder in einem physischen Fehler des Gegenstandes. Der erste Fall ist der der eigentlichen Eviktionsleistung, der andere Fall ist der des s. g. ädilitischen Edikts; für Jeden gelten nach R. R., wegen der verschiedenen Beschaffenheit der daraus entstehenden Verbindlichkeiten, besondere Regeln. Das A. L. R. faßt beide Arten von Verbindlichkeiten unter der Benennung von Gewährleistung zusammen, gleichwohl passen die gegebenen Vorschriften nicht immer

---

3) I, 5, §§. 317, 318; I, 11, §. 135. — L. 11, §§. 2—4, L. 13 pr. §. 1 D. de act. emti (XIX, 1); L. 19, §. 2 i. f. D. de aed. edicto (XXI, 4). Den Grund s. u. §. 673.

3a) Pr. 26, vom 15. Juli 1833. Das Hauptverhältniß, für welches der Satz seine praktische Wichtigkeit hatte, war die nun nicht mehr vorkommende Erbpacht.

auf beide Fälle und sind auch nicht ohne Unterscheidung der Beziehungen alle Mal verständlich. Es ist daher Sache der Wissenschaft, zu sondern, die Beziehungen kennbar zu machen und die aus der Vermengung entstandenen Dunkelheiten aufzuhellen, die Streitfragen zu lösen und die richtige Anwendung der Rechtssätze zu vermitteln. Zu diesem Zwecke müssen beide Verbindlichkeiten getrennt dargestellt werden.

B. Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung.

§. 561.

1. Bedingungen.

I. Der Vertrag muß ein lästiger sein (3). Dieser Regel zufolge begründet die Verbindlichkeit: 1. der Verkauf ohne Unterschied des Gegenstandes[4]); 2. die ihm ähnliche Angabe an Zahlungsstatt[5]); 3. der Tausch[6]); 4. die ungenannten Kontrakte, wodurch ein Vermögensrecht übertragen wird[7]); 5. der Vergleich hinsichtlich Dessen, was für die Beseitigung der Ungewißheit gegeben wird[8]); 6. die Theilung[9]); 7. die Pacht und Miethe[10]); 8. der Pfandkontrakt[11]); 9. die Bestellung der Brautgabe[12]); 10. die Uebergabe des Legats[13]); nicht aber die Schenkung[14]). II. Der Empfänger muß verhindert sein, die Sache so zu ge-

---

4) I, 11, §§. 135, 136, 192, 193, 420. Daher auch der Kauf einer Forderung (s. o. § 533), einer Erbschaft [I, 11, §. 484; L. 2 pr. §. 1 D. de hered. (XVIII, 4), einer Servitut (I, 22, §. 35; I, 21, §. 84. — L. 6, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1); L. 46 pr. §. 1 D. de evict. (XXI, 2)].

5) I, 16, §. 242. — L. 24 pr. D. de pignor. act. (XIII, 7).

6) I, 11, §. 367. — L. 1, §. 1 D. de rer. permut. (XIX, 4).

7) I, 11, §. 875. — L. 5, §. 2 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

8) Folgt aus dem Prinzip I, 16, §. 406. — Arg. I, 11, §. 869; I, 5, §. 318.

9) I, 17, §§. 97, 98. — L. 66, §. 3 D. de evict. (XXI, 2); L. 10, §. 2 D. comm. div. (X, 3); L. 14 C. fam. ercisc. (III, 36).

10) S. u. §. 698. Eigentlich paßt auf diese das Institut nicht, sondern die Gegenleistung hört in totum oder in tantum auf.

11) I, 20, §§. 85—88, 23. — L. 9 pr., L. 16, §. 1, L. 32, 36 D. de pignor. act. (XIII, 7).

12) I, 11, §§. 1047, 1048; I, 5, §. 318; II, 1, §. 231 und I, 21, §. 84. — L. 16, §. 1 D. de jure dot. (XXIII, 3).

13) Doch nur bei dem Legate eines Genus, wenn der Erbe auswählt. I, 12, §. 397. Anders nach R. R.

14) I, 11, §. 1083. — Ueber die gemeinrechtliche Streitfrage hierbei s. Recht der Ford. §. 121, I, 10.

brauchen, wie es Natur und Inhalt des Rechtsgeschäfts mit sich bringen (⁸). Wegen dieses Erfordernisses fällt die Gewährleistung hinweg: 1. bei dem Erbschaftskaufe hinsichtlich der einzelnen Stücke, weil nur das Erbrecht als universitas juris Gegenstand des Kaufs ist [15]); 2. bei gewagten Geschäften [16]); 3. wenn die vorhandenen Mängel dem Erwerber bekannt gewesen oder angezeigt worden sind [17]). III. Der Grund davon muß ein Mangel an dem Rechte des Gebers sein [18]), daher für die von der Staatsgewalt entzogenen Rechte oder aufgelegten Lasten nicht eingestanden wird; wird dafür aufzukommen versprochen, so ist dies kein Fall der Gewährleistung [19]).

§. 562.

2. Person des Schuldners.

Schuldner ist zunächst der andere Kontrahent (unmittelbare Autor). Stellvertreter können in der Regel nicht in Anspruch genommen werden. Eine Ausnahme machen nach Pr. R. die verkaufenden Unterpfandsgläubiger, welche soweit haften, als sie aus dem Kaufgelde befriedigt worden sind [20]). Der Vormann des unmittelbaren Autors kann nur mit der cedirten Klage des Letztern belangt werden; der Cession bedarf es nicht, wenn der unmittelbare Vormann aus einer in seiner Person liegenden Ursache gar nicht oder nicht mit Erfolg belangt werden kann, namentlich wenn er in Konkurs verfallen oder aus dem Lande gegangen ist, oder latitirt: in diesen Fällen kann actione utili gegen den nächstfolgenden Vormann geklagt werden, in sofern der unmittelbare Autor gegen ihn einen Regreßanspruch haben würde [21]); es wird also die Cession fingirt.

---

15) I, 11, §. 484. — L. 33 pr. D. aed. ed. (XXI, 1); L. 14, §. 1 D. de hered. vend. (XVIII, 4). — L. 1 C. de evict. (VIII, 54).

16) I, 5, §. 346. — L. 2, §. 1 D. quar. rer. act. (XLIV, 5).

17) I, 11, §§. 159, 179, 43, 421. — L. 26 D. de reivind. (VI, 1).

18) I, 11, §§. 178, 179. — L. 2, 3, 11, 39 pr., 27, 28 D. de evict. (XXI, 2); L. 1, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1); L. 1 C. de peric. (IV, 48).

19) Ges. vom 28. Oktbr. 1810, §. 2. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. IV, S. 295. — Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 22 flg.

20) A. G. O. I, 52, §. 12. Anders nach L. 11, §. 16 D. de act. emti (XIX, 1); L. 12, §. 1 D. de distract. pignor. (XX, 5); L. 38 D. de evict. (XXI, 2).

21) I, 11, §. 150, 151. — L. 41 pr. §. 1 i. f. D. eodem.

§. 563.

3. Rechte des Gläubigers.

I. Die Klage auf Eviktionsleistung, d. i. Erstattung des Entzogenen, findet erst nach rechtlicher Entziehung der Ausübung statt, nicht schon wegen wahrscheinlicher künftiger Entziehung, der Fall des Betrugs ausgenommen, wo nicht die Eviktionsklage, sondern die Betrugsklage auf Das, was der Gläubiger ohne die Hintergehung weniger gegeben haben würde, stattfindet [1]. II. Die Zurückhaltung der noch bevorstehenden Gegenleistung aber steht dem Gläubiger, in soweit als der Verlust wahrscheinlich gehen wird, zu, wenn rechtlich begründete Gewährsmängel vor der vollständigen Zahlung des Gegenversprochenen zum Vorschein kommen und der Schuldner nicht Sicherheit bestellt [2], was dadurch geschehen kann, daß der Eviktionsgläubiger deponirt [3]. Das dem Gläubiger gegen die Klage auf Gegenleistung in diesem Falle zustehende Schutzmittel ist die s. g. exceptio imminentis evictionis s. doli ([2]), nicht zu verwechseln mit der exceptio non rite impleti contractus [4]). III. Kann der Gläubiger sich nicht mehr durch Zurückbehaltung gegen drohende Eviktionsansprüche sichern, so bleibt ihm nur die Klage auf gehörige Erfüllung, in sofern er an der Ausübung seines vertragsmäßigen Rechts verhindert wird [5]; ist dieses nicht der Fall, so muß er den Angriff abwarten, auf welchen er den Gewährsmann, wenn dieser nicht die Vertheidigung, in Folge der Litisdenunciation, übernimmt, sogleich belangen kann [6]. Es gilt für Entwährung, wenn der Erwerber in petitorio abgewiesen wird, oder in possessorio unterliegt, oder dem Angreifer den

---

1) I, 4, §§. 85, 86. — L. 4 pr., L. 30, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1).

2) I, 11, §. 222. — L. 18, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6). — L. 24 C. de evict. (VIII, 45). S. unten §. 675.

3) §. 223 a. a. O. Die Zahlung ad depositum kann jedoch nur unter der Voraussetzung gefordert werden, daß nach Abzug der dadurch entstehenden Kosten der Ueberrest noch hinlängliche Sicherheit giebt, sonst wird der Gläubiger an seinem Rechte gekränkt.

4) Vergl. Schles. Archiv, Bd. III, S. 633 ff.

5) I, 11, §§. 1, 124, 126; I, 5, §. 360. — S. auch Arndts, über die Frage: in wiefern kann nach dem A. L. R. der Käufer vor wirklich erfolgter Eviktion Gewährleistung fordern rc.? (Jur. Wochenschr. 1839, S. 401).

6) A. G. O. I, 17, §. 23. — Ueber den Betrag der Gewährleistung kann freilich auf diese Klage noch nicht erkannt werden. Vergl. Jur. Wochenschr. 1837, S. 331.

Werth des Gegenstandes bezahlt[7]). Das Letztere kann auch im Wege des außergerichtlichen Vergleichs geschehen, gleichwie der Erwerber die angesprochene Sache, ohne vorausgegangenen Prozeß, herausgeben darf; doch muß er dann seiner Gewährleistungsforderung alle die Einreden entgegensetzen lassen, welche den Anspruch des Dritten entkräftet haben würden[8]). IV. Der in Anspruch genommene Erwerber kann von dem Geber fordern, daß er den Prozeß übernehme oder ihm darin beistehe (Litisdenunciation)[9]). Die Litisdenunciation muß gerichtlich[10]) und so zeitig geschehen, daß es dem Autor noch möglich ist, von seinen Vertheidigungsmitteln Gebrauch zu machen, da der Prozeß nach der Litisdenunciation nicht aufgehalten werden soll[11]). Die Unterlassung oder Versäumung hat dieselbe Folge wie die Herausgabe der Sache ohne Prozeß und ohne Zustimmung des Gewährsmanns[12]). Leistet der Gewährsmann keinen Beistand, so muß er gegen sich als Recht gelten lassen, was in diesem Prozesse gegen den Erwerber erkannt worden ist; dieser ist dann auch nicht verpflichtet, die gegen das Urtel erster Instanz zulässigen Rechtsmittel zu gebrauchen[13]). Die Litisdenunciation ist nicht nothwendig: 1. wenn sie erlassen worden ist[14]); 2. wenn der Gewährsmann intervenirt[15]); 3. wenn er dieselbe verhindert[16]); 4. wenn er seinen Wohnsitz aufgegeben hat und sein Aufenthalt unbekannt ist[17]). V. Der Umfang der Leistung bestimmt sich nach dem Grade der Verschuldung[18]). Hat der Verpflichtete

---

7) I, 11, §§. 175, 182. — L. 11, 41 D. de act. emti (XIX, 1); L. 39, §. 1, L. 16, §. 1 D. de evict. (XXI, 2); L. 22, 23 C. eod. (VIII, 45). L. 9 C. de act. emti (VIII, 49).

8) I, 11, §. 147. — L. 19 C. de evict. (VIII, 45).

9) A. G. O. Th. I, Tit. 17. — A. L. R. I, 11, §§. 143 - 148.

10) A. G. O. §. 9. Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber.

11) A. G. O. §§. 14, 17 a. a. O. — L. 29, §. 2 D. de evict. (XXI, 2). In der Appellations-Instanz ist dazu noch so lange Zeit als Neues angebracht werden kann. A. G. O. a. a. O. §. 15.

12) S. Note 8 und A. L. R. I, 11, §. 146; A. G. O. §. 10.

13) I, 14, §. 345; A. G. O. a. a. O. §§. 19, 20, 31.

14) I, 11, §. 148; A. G. O. a. a. O. §. 11. — L. 63 D. de evict. (XXI, 2).

15) A. G. O. I, 18, §§. 1, 7—11. — L. 20 C. eod. (VIII, 45).

16) I, 4, §. 105. — L. 55, §. 1, L. 56, §. 5 D. eodem.

17) L. 56, §. 6 D. eod. — Recht der Ford. §. 124.

18) Die Bestimmungen darüber sind unklar. S. Recht der Ford. §. 125. — Arndts über Eviktionsleistung, in der Jur. Wochenschr. 1838, Nr. 37. —

wissentlich, ohne Wissen des Andern, eine fremde Sache verkauft oder übergeben, so haftet er nach den Grundsätzen vom Betruge [19]; fällt ihm ein grobes Versehen zur Last, so muß er das ganze Interesse leisten; im Falle eines mäßigen Versehens hat er dem Andern alle Verwendungen auf die Sache und alle Kosten wegen derselben zu erstatten, soweit nicht der Evincent Ersatz leisten muß [20]; ist kein solches Versehen vorgefallen, so beschränkt sich die Leistung auf das Kaufgeld [21]. Wird der Gegenstand nur theilweise entwährt, so hat der Berechtigte die Wahl zwischen der actio redhibitoria und der Klage auf Gewährleistung [22]. Bei der Letztern wird der Werth des entzogenen Theils nach Verhältniß seiner Güte zum Preise des Ganzen, nach Maßgabe des dem Geschäfte zum Grunde gelegenen Anschlags, oder in dessen Ermangelung nach dem Gutachten Sachverständiger bestimmt [23]. VI. Die Klage auf Gewährleistung ist zwar die ordentliche Kontraktsklage oder, wenn besondere Nebenabreden über die Gewährleistung getroffen sind, die actio ex stipulatu, allein der Anspruch wegen „solcher Mängel" ist an eine besondere kurze Verjährungsfrist gebunden, welche nach den Gegenständen des Geschäfts verschieden ist. Das „Recht" dauert bei Landgütern (§. 325) Ein Jahr, bei städtischen Grundstücken, d. h. bei Grundstücken, welche nicht Landgüter sind, Sechs Monate, bei beweglichen Sachen Drei Monate von da an, wo der Mangel zur Kenntniß des Berechtigten gekommen ist [24]. Doch hat die Praxis diese positive Bestimmung völlig sachgemäß nur auf die Fälle bezogen, wo aus der Entwährung nur ein Mangel des Ganzen geltend gemacht und, mit einer der beiden ädilischen Klagen, redhibitorisch oder auf Erstattung des Minderwerths geklagt wird. Gebraucht aber der Uebernehmer, welchem durch Eigenthumsansprüche eines Dritten die Sache zum Theil entzogen wird, die

---

Roeren über die Eviktionspflicht, insbesondere nach dem A. L. R.; in ders. Schr. 1837, S. 477 flg.

19) I, 5, §§. 320, 323, 285; I, 11, §§. 369, 424, 489, 163. S. o. §. 563, I.

20) I, 5, §. 288; I, 11, §§. 155–157. — Schles. Arch. I, 399 ff.

21) I, 11, §§. 161, 162.

22) §§. 164—169, 188 das. Gilt nach R. R. nur bei physischen Fehlern.

23) §§. 170, 189, 190 a. a. O. — L. 13—15, 45, 64, §. 3 D. de evict. (XXI, 2). Der §. 190 ist inkonsequent, wenn ein Anschlag zum Grunde liegt.

24) I, 5, §. 344. Bei dauernden Rechtsverhältnissen, wie z. B. die Erbpacht war, erneuert sich das Klagrecht alljährlich. Pr. 26 b, v. 15. Juli 1833. Ueber die durch die §§. 343, 344 veranlaßten Zweifel und Fragen s. Recht der Ford. §. 126.

Kontraktsklage, so kann ihm die kurze Verjährung nicht entgegengesetzt werden, so wenig wie in dem Falle überhaupt, wo die Sache ganz entwährt worden ist[24a]. Ueberhaupt läßt sich behaupten, daß die Kontraktsklage, im Gegensatz zu den ädilischen Klagen, der kurzen Verjährung gar nicht unterworfen ist[24b].

§. 564.

4. Wegfall der Gewährleistung.

I. Die Verbindlichkeit zur Gewährleistung kann durch Willkühr ausgeschlossen werden (pactum de non praestanda evictione), doch macht Dolus das Paktum unwirksam[25]. Für stillschweigend ausgeschlossen gilt sie: 1. wenn die Absicht der Parteien, daß die Gewährleistung wegfallen solle, aus dem Inhalte des Vertrags erhellet[26]; 2. wenn der Erwerber die Rechte des Dritten als wohlbegründet kennt[27], ausgenommen die auf der Sache haftenden Privatlasten[27a] und Schulden, die alle Mal vertreten werden müssen, wenn sie nicht ausdrücklich übernommen worden[28]. II. Bei eintretender Konfusion gilt Folgendes: 1. Wird der Geber Erbe des Erwerbers oder beerbt Dieser Jenen, so kann der Vormann des Gebers belangt werden, weil die Erbschaft durch die Evik-

---

24a) Plenarbeschl. des Ober-Trib. (Pr. 1885) vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 467, und mit Motiven Bd. XV, S. 3. Damit wäre so ziemlich das R. R. hergestellt; doch weiß dasselbe nichts von der Anwendung der ädilischen Klagen im Falle der Eviction.

24b) Bei der in der Sache Beckschäfer c. Schüler 111/429 III, 48, am 31. Oktbr. 1848 von dem III. Senate des Ober-Trib. getroffenen Entscheidung hat dieser Senat angenommen, daß die kurze Verjährung auf die in dem Kontrakte ausdrücklich verabredeten Verpflichtungen hinsichtlich der Gewährsleistung nicht Anwendung finde. Anders wieder in der in demselben Senate am 28. Novbr. 1848 entschiedenen Sache Kutta c. Seliger, 507/2040, III, 48.

25) I, 5, §. 348; I, 11, §§. 137, 138, 187. — Nach G. R. sind darüber die Meinungen sehr verschieden.

26) I, 11, §§. 187, 421, 528. — L. 60, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

27) §§. 139, 159 a. a. O. Vergl. das Präjud. in der Jur. Zeit. 1834, Sp. 691 und 712. — L. 27 C. de evict. (VIII, 45).

27a) Nach einer Senatsentscheidung des Ober-Trib. vom 16. Februar 1847 soll die Ausnahme nicht gelten, wenn die Privatabgaben im Hypothekenbuche eingetragen stehen. Entsch. Bd. XIV, S. 232.

28) §. 184 a. a. O. Anders nach L. 27 C. l. c. u. L. 7 C. communia utriusque jud. (III, 38); die L. 27 wird jedoch verschieden ausgelegt. Hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus Verpachtungen nimmt man an, daß es zur Befreiung des Verkäufers von der Vertretung genüge, daß dieselben dem Käufer vor Abschluß des Kontrakts bekannt gewesen sind. Pr. 1757, v. 18. April 1846.

tion um soviel vermindert worden ist[29]. 2. Beerbt der Eviktionskläger den Geber oder Dieser Jenen, ohne Vorbehalt: so ist der Eviktionsanspruch ope exceptionis doli ausgeschlossen[30], nach Maßgabe der Erbquote[31], so daß, wenn mehrere Miterben sind, eine Gemeinschaft zwischen ihnen und dem Eviktionsbeklagten entsteht; macht der Letztere in diesem Falle von dem Einwande keinen Gebrauch, so kann er den ihm gebührenden Ersatz aus der Erbschaft fordern[32]. Der Vorbehalt der Rechtswohlthat schließt den Einwand aus, weil der Benefizialerbe nur soweit die Erbschaft reicht Ersatz zu leisten hat[33].

C. Verbindlichkeit zum Ersatz für natürliche Fehler.

§. 565.

1. Grundsätze.

I. Der Veräußerer muß dem Erwerber 1. für die nicht wahrnehmbaren natürlichen Fehler (vitia, morbi), welche er anzuzeigen unterlassen hat[1], und 2. für die ausdrücklich ausbedungenen oder zugesicherten Eigenschaften (dicta promissave)[2], deren Gegentheil nicht Jedem in die Augen fällt[3], einstehen. II. Der Fehler muß, wenn er einen Anspruch begründen soll, so erheblich sein, daß er der bestimmungsmäßigen Brauchbarkeit der Sache hinderlich ist[4]. Servituten, Lasten und Abgaben werden den natürlichen Fehlern

---

29) L. 41, §. 2 D. de evict. (XXI, 2).

30) Quem de evictione tenet actio, eundem agentem multo magis repellit exceptio. I, 11, §. 142. — L. 73 D. eod.; L. 11, 14 C. eod. — L. 4, §. 32 D. de doli mali exc. (XLIV, 4). — L. 1 pr. D. de exc. rei vend. (XXI, 3).

31) L. 14 C. de rei vind. (III, 32).

32) L. 17—19 D. de evict. (XXI, 2).

33) I, 11, §. 140; I, 16, §§. 486—491.

1) I, 5, §§. 329—331; I, 11, §§. 193, 197. — L. 1, §. 1 D. de aed. ed. (XXI, 1). Eine Ausnahme gilt bei gerichtlichen Versteigerungen. A. G. O. I, 52, §. 12.

2) I, 5, §§. 325—328. — L. 18 pr., L. 52, 19 pr. §§. 1—3 D. eod. Dazu gehören auch fehlende Pertinenzstücke. Entsch. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 236.

3) L. 43 pr. §. 1 D. eod.

4) I, 5, §§. 318, 320. — L. 1, §§. 7, 8; L. 4, §. 6; L. 10, §. 2, L. 11 D. eod. — L. 54 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). Dazu gehört bei lettres au porteur auch die Kursfähigkeit des Papiers. Pr. 1938, vom 28. Oktober 1847 (Entsch. XVI, 114).

gleich behandelt[5]). III. Der Fehler muß, zur Begründung der Verbindlichkeit, schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden sein[6]). Behufs Feststellung der Thatsachen gelten von Viehkrankheiten folgende Beweisregeln: 1. Wenn ein Vieh binnen 24 Stunden, von Moment zu Moment gerechnet[6a]), nach der Uebergabe sich krank zeigt und dieses dem Veräußerer, oder, wenn derselbe nicht am Orte zugegen, dem Ortsgerichte, oder dem Sachverständigen so zeitig angezeigt wird, daß noch eine Untersuchung über die Zeit der Entstehung der Krankheit stattfinden kann, so gilt die Vermuthung, daß das Thier schon krank übergeben worden[7]). 2. Stirbt das Thier innnerhalb 24 Stunden, so gilt die Vermuthung unbedingt, und der Veräußerer muß den vollständigen Gegenbeweis führen[8]). 3. Hinsichtlich einzelner Vieharten und Krankheiten, und zwar a) bei Pferden, wenn Dämpfigkeit, Herzschlägigkeit, schwarzer Staar, Mondblindheit, Dummkoller binnen 4 Wochen, Rotz und Räude binnen 14 Tagen, Stätigkeit binnen 4 Tagen; b) beim Rindvieh, wenn die Franzosen-Krankheit in 8 Tagen; c) bei Schafen, wenn die Pocken in 8 Tagen; d) bei Schweinen, wenn die Finnen in 8 Tagen sich zeigen, gilt unbedingt dieselbe Vermuthung[9]). IV. Der Uebernehmer muß wenn der Geber verbindlich werden soll, mit dem Fehler nicht zufrieden sein. Der Konsens wird aber, auch in dem Falle, daß ausdrücklich über eine fehlerfreie Sache kontrahirt worden, für stillschweigend erklärt angenommen, wenn der Fehler von der Beschaffenheit ist, daß er von Jedem, auch ohne Kenner und ohne physisch verhindert zu sein, bei gewöhnlicher Vorsicht wahrgenommen

---

5) I, 5, §§. 334, 335; I, 11, §§. 183, 188. — L. 61 D. de aed. (XXI, 1).

6) I, 5, §§ 321, 322; I, 11, §. 199. Entsch. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 237. Nach R. R. mußte er schon zur Zeit der Kontraktsschließung vorhanden gewesen sein. L. 3 C. eod. Die Verschiedenheit hängt mit den Grundsätzen vom Zufalle zusammen. §. 466.

6a) Präj. des Ober-Trib. Nr. 2100, vom 18. Dezbr. 1848.

7) I, 11, §§. 199—201. — Wer für den abwesenden Autor die Untersuchung betreiben und die Kosten dafür vorschießen soll, ist nicht vorgeschrieben, deshalb ist die Anzeige an die Dorfgerichte oder einen Sachverständigen unzweckmäßig. Durch Unterlassung der Anzeige geht bloß die Vermuthung, nicht das Recht verloren; der Ausdruck des §. 200 ist ungenau. Der Käufer hat dann die Beweislast. Pr. 257, vom 29. April 1837.

8) Das Gegentheil muß klar ausgemittelt werden können. §. 202 a. a. O.

9) §§. 203—205 a. a. O. — Anh. §§. 13 und 14. Die Literatur s. Recht der Ford. §. 128, I, 3, Note 18—26.

men werden konnte[10]). Hat der Käufer die mit einem in die Augen fallenden Fehler behaftete Sache bloß durch einen Fuhrmann oder Boten abholen lassen, so kann ihm, wenn er wegen jenes Fehlers Gewährleistung fordert, nicht entgegengesetzt werden, daß der Fehler nicht bereits bei der Uebergabe der Sache an den Fuhrmann gerügt worden sei[10a]). Ob der Geber den Fehler kannte oder nicht, ist unerheblich[11]). V. Ist der Gegenstand ein juristisches Ganzes (universitas juris), so kommt auf die Beschaffenheit der einzelnen Stücke nichts an[12]); ist er ein Ganzes von Sachen (universitas facti) und nur ein einzelnes Stück fehlerhaft aber doch nicht ganz unbrauchbar für seine vertragsmäßige Bestimmung: so kann nur Schadloshaltung dafür gefordert werden[13]); wird jedoch das Ganze dadurch unbrauchbar, so gilt dasselbe was bei einer einzelnen Sache, ohne Unterschied, ob der Preis im Ganzen oder nach den einzelnen Stücken bestimmt worden ist[14]). VI. Sind mehrere einzelne Sachen für Einen Preis erworben und ist Eine davon fehlerhaft: so wird der Preis nach dem Gutachten Sachverständiger vertheilt[15]).

§. 566.

2. Rechtsmittel.

Der Empfänger hat gegen den Anspruch des Gebers auf Gegenleistung eine, der kurzen Verjährung nicht unterworfene Exception[1]) und wenn er erfüllt hat, nach Umständen, die ge-

---

10) I, 5, §§. 329, 330; I, 4, §§. 81, 82. — L. 10, §. 14; L. 55 i. f. D. de aed. ed. (XXI, 1); L. 15, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — Glosse zum Weichbild, Art. 97. — Eisenhardt, deutsches Recht in Sprüchwörtern, Abth. IV, Nr. XX, S. 371.

10a) Entsch. des Ober-Tribunals, Bd. XIV, S. 186. (Pr. 1815, vom 18. Dezember 1846.)

11) Recht der Ford. §. 128, II. a. E. — L. 11, §§. 1, 2 D. de aed. edicto (XXI, 1); L. 13, §. 3 D. de act. emti (XIX, 1).

12) I, 11, §. 484. — L. 14, §. 1 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 33 pr. D. de aed. ed. (XXI); L. 5 D. de evict. (XXI, 2); L. 1 C. eod. (VIII, 45).

13) I, 5, §§. 339, 340. — Anders nach L. 38, §§. 12, 13 D. de aed. ed.

14) I, 5, §. 341. — L. 34 pr. §. 1 D. eodem.

15) Ebend. §. 342. I, 11, §§. 173, 170, 171. Nach L. 64, §. 1 D. eod. wird die Vereinbarung der Parteien nicht durch einen Dritten ergänzt, weil dies der Natur eines Vertrags widerspricht.

1) §§. 271, 396, 399 a. a. O. — L. 59 pr. §. 1 D. eod. — Pr. 407, vom 6. Januar 1838.

wöhnliche Kontraktsklage und auch zwei besondere Klagen. I. Die Kontraktsklage ist nach R. R. begründet und ausreichend im Falle des Dolus[2]) und wegen ausdrücklich vorbedungener Eigenschaften[3]), sowie wegen fehlender Quantität[4]). Das Pr. R. hat nur wegen Dolus und wegen fehlender Quantität die gewöhnliche Kontraktsklage[5]), was wegen der kurzen Verjährung wichtig ist; wegen vorbedungener Eigenschaften ist der Anspruch an die Gewährleistungsklage mit der kurzen Verjährung gebunden. II. Die beiden besondern Klagen werden im Pr. R. nicht unterschieden, sind aber materiell vorhanden, indem der Empfänger die Wahl hat, den Vertrag aufzuheben (actio redhibitoria), oder Vergütung für den Minderwerth zu fordern (actio quanti minoris)[6]). Die Wahl der Klage findet bis zur rechtskräftigen Entscheidung statt, weil der Kläger die angebrachte Klage bis dahin wieder zurücknehmen, und eine andere Klage anbringen kann[7]), wenn nämlich der Beklagte dieselbe ihrem Grunde nach bestritten, mithin die getroffene Wahl nicht angenommen hat. III. Die Klage auf Zurücknahme der Sache findet nur dann statt, wenn der Zustand der Sache noch unverändert, oder aus einer schon vor der Uebergabe vorhanden gewesenen Ursache verändert ist[8]); sie begründet, mit Erfolg durchgesetzt, zwischen den Parteien ein Verhältniß, welches dem Verhältnisse eines Kaufs unter einer Resolutivbedingung ähnlich ist; der Geber muß demgemäß die Sache oder deren Ueberrest gegen Zurückzahlung des empfangenen Kaufgeldes wiedernehmen, und die Zinsen des Kaufgeldes werden mit dem Gebrauche oder den Nutzungen der Sache kompensirt[9]), es muß mithin der nicht gezahlte Theil des Kaufgeldes verzinset werden[10]),

---

2) L. 4, §. 4 D. eod. — L. 11, §. 5 D. de act. emti (XIX, 1).

3) L. 13, §. 3 D. de act. emti (XIX, 1).

4) L. 4, §. 1, L. 6 pr., L. 42 D. eodem.

5) I, 11, §§. 207, 210. S. jedoch o. §. 563 a. E. u. die Noten 24 a u. b das.

6) I, 5, §§. 325—331.

7) So nach L. 43, §. 6 D. de aed. ed. — Vergl. A. G. O. I, 5, §§. 21 bis 23; I, 10, §. 5 a. Die Frage ist zweifelhaft, weil in der Klage eine schriftliche, folglich verbindliche Wahl gefunden werden kann. I, 5, §. 316. S. o. von alternativen Obligationen, §. 455.

8) I, 5, §§. 327, 328. Nach L. 23, 25 D. de aed. ed. hindert die Veränderung nicht die actio redhib., sondern begründet, nach Umständen, die Verbindlichkeit zum Ersatze der Verschlechterungen.

9) I, 11, §§. 165—167, vergl. mit §. 297.

10) Schles. Archiv, Bd. V, S. 381 flg. — I, 11, §§. 109, 291.

wenn der Zurückgebende nicht, wie ihm freisteht, vorzieht, die Nutzungen zu berechnen [11]). Die Verbindlichkeit zum Ersatze der auf die Erwerbung verwendeten Kosten, so wie der auf die Erhaltung der Sache verwendeten außerordentlichen Kosten [12]), beruhet auf dem Grundsatze, daß der Erwerber in den frühern Stand gesetzt, mithin schadlos gehalten werden muß [13]). Die Interessenforderung bestimmt sich nach dem Grade des vorgefallenen Versehens [14]). Die wegen verzögerter Erfüllung ausbedungene und bezahlte Konventionalstrafe ist der Empfänger zurückzuzahlen nicht schuldig, weil diese das vertragsmäßige Interesse bei der prompten Erfüllung ist, welches durch die Zurückgabe der schlechten Leistung nicht aufgehoben wird. Haben Mehrere gemeinschaftlich eine Sache erworben, so müssen Alle über die Zurückgabe einig sein [15]). IV. Beide Klagen, wegen Zurücknahme der Sache, oder wegen Erstattung des Minderwerths, verjähren bei Landgütern in Drei Jahren, bei andern Grundstücken in Einem Jahre, bei beweglichen Sachen binnen Sechs Monaten vom Tage des wirklichen Empfanges (nicht der Uebergabe) [16]). Die Kontraktsklage wegen Dolus auf Ersatz des Interesses oder Aufhebung des Kontrakts, oder wegen fehlender Quantität auf vollständige Erfüllung oder Entschädigung ist nicht dieser kurzen Verjährung unterworfen, weil es eben eine andere materielle Klage ist. Eben so wenig ist dies der Fall mit der Klage auf Rückerstattung der Gegenleistung, wenn der Geber die Sache freiwillig zurückgenommen hat, weil diese Klage gleichfalls nicht die Wandelklage, sondern eine actio in factum ist [17]). V. Die Klagen werden durch dieselben Gründe ausgeschlossen, aus welchen der Anspruch auf Gewährleistung weg-

---

11) §. 292 a. a. O. Dann kann er auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten ansetzen.

12) §§. 306 und 307 a. a. O.

13) I, 5, §§. 155—157.

14) I, 11, §§. 168, 155. Vergl. oben §. 563, V.

15) Sowohl weil die Rückgabe untheilbar ist (A. G. O. I, 5, §. 4, Nr. 7), als auch weil nach Pr. R. Gemeinschaft stattfindet. I, 5, §. 450; I, 17, §. 155.

16) I, 5, §. 343. S. darüber Recht der Ford. §. 126. Es macht keinen Unterschied, ob die Sache nur einzelne Fehler hat oder zu dem bestimmten Zweck ganz unbrauchbar ist. Pr. 203, vom 18. März 1837.

17) L. 31, §. 17 D. de aed. ed. (XXI, 1). Deshalb kommt es dabei auch nicht darauf an: ob die Sache erhebliche Fehler hatte. Der Grund der Klage ist Zurücknahme der Sache (faktische Aufhebung des Kontrakts). Erheblich kann jedoch die Einrede der mangelnden Form sein, wenn die Sache noch unverändert ist.

fällt (§. 564). Der Vorbehalt des Gebers, daß er für gewisse Fehler nicht hafte, ist eine Bestimmung des Gegenstandes, nicht eine Nebenabrede[18]).

V. Wiederaufhebung der Verträge.

§. 567.

1. Durch wechselseitige Einwilligung (mutuus dissensus).

Der wechselseitige Dissens ist ein Vertrag, wodurch ein schon bestehender Vertrag wieder aufgehoben wird; er kann nur, wie sich versteht, unter denselben Parteien mit Erfolg geschlossen werden und ist ein neues Rechtsgeschäft[1]). War schon von einer oder anderer Seite auf den aufgehobenen Kontrakt Etwas geleistet, so begründet der Dissens eine neue Verbindlichkeit[2]); ist wegen der Kosten nichts bestimmt, so gilt die Regel, daß jeder Theil die Hälfte trägt, auch hier[3]). Der Dissens ist nicht an die nämliche Form gebunden, welche für den aufgehobenen Vertrag vorgeschrieben: 1. Ist auf den Vertrag noch von keiner Seite Etwas geleistet, der Vertrag auch nicht gerichtlich geschlossen und soll er bloß schlechthin aufgehoben werden: so genügt mündliche Verabredung in Verbindung mit der Vernichtung der vorhandenen Urkunde; mündliche Uebereinkunft ohne Hinzutritt der Kassation des schriftlichen Instruments ist unwirksam[4]); 2. Ist schon Etwas geleistet, so ist die schriftliche Form erforderlich, welche für den Vertrag selbst vorgeschrieben ist. 3. Dasselbe gilt, wenn der noch ganz unerfüllte Vertrag unter Bedingungen und Modalitäten aufgehoben wird. 4. Mußte der Vertrag gerichtlich abgeschlossen werden, so kann die Aufhebung in allen Fällen nur gerichtlich erfolgen[5]).

---

18) Vergl. den Rechtsfall im Schles. Archiv, Bd. III, Nr. 40.

1) I, 5, §§. 391, 392.

2) §. 390 a. a. O.; I, 11, §. 249. Der §. 390 ist ungenau gefaßt, denn ein neuer Vertrag ist der Dissens in allen Fällen.

3) I, 11, §. 248. Eigentlich sollten die gemeinschaftlichen Kosten von Jedem zur Hälfte getragen und die Eigenen kompensirt werden, weil kein Grund zu einer Erstattungsverbindlichkeit besteht.

4) I, 5, §§. 386, 387. Pr. 1839, v. 2. Februar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 192). Die Kassation eines einseitigen schriftlichen Anerkenntnisses soll nicht nöthig sein. Pr. des Otr. v. 24. Juni 1850 (Entsch. XX, 93).

5) §§. 388, 389 a. a. O. Eine Ausnahme macht der Verwaltungsvertrag, welcher auf der Seite des Prinzipals jederzeit kündbar ist, und nur zur Entschädigung des Verwalters verpflichtet. Pr. 1708, vom 24. Januar 1846.

§. 568.

2. Durch einseitigen Rücktritt (Rescission).

Der einseitige Rücktritt ist zulässig: I. wegen Betrugs (§. 105); II. wegen zufälliger Unmöglichkeit der Erfüllung (§. 466), in welchem Falle Zurückgabe des von der andern Seite bereits Geleisteten, und Herausgabe der davon gezogenen Vortheile, mit der condictio causa data causa non secuta, gefordert werden kann, daher der Beklagte nur für die Folgen eines groben Versehens zu haften und keine Zinsen zu zahlen hat[5a]). III. Wegen unvorhergesehener Veränderung der Umstände, wenn die Veränderung einen Umstand betrifft, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt[6]). Derjenige, welcher aus diesem Grunde zurücktritt, kann das bereits auf Abschlag Geleistete nicht zurückfordern, weil er insoweit schon liberirt ist und der Rücktritt keine andere Wirkung als die Freimachung von der noch bestehenden Verbindlichkeit hat; er muß auch den Andern entschädigen, wenn er selbst die Veränderung bewirkt hat, oder wenn sie auch nur in seiner Person liegt; kann hingegen seiner Seits Schadloshaltung fordern, wenn der Andere die Veränderung verschuldet[7]). IV. Wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite (Treulosigkeit)[8]) a) bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, in allen Fällen; der Andere hat, wenn der Grund des Kontraktsbruchs richtig ist, dem Zurücktretenden den wirklichen Schaden zu ersetzen, wenn das Vorgeben unrichtig befunden wird, vollständige Schadloshaltung zu fordern[9]); b) bei Verträgen, deren Hauptgegenstand andere Leistungen sind, alsdann, wenn der Andere die Er-

5a) Ebend. §§. 365—368; I, 7, §. 219.

6) I, 5, §. 378. Ist Weber's Lehre. Dessen Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 90. — Recht der Ford. §. 137.

7) I, 5, §§. 379, 383, 384.

8) Sievert, Materialien, H. VIII, S. 138 ff. — Ueber die Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite; in den Jahrb. Bd. II, S. 85. — Schlechtendal, noch etwas über die Lehre des Landrechts von Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite; ebend. Bd. IV, S. 267.

9) I, 5, §§. 408—411. Welcher Gegenstand der Hauptgegenstand ist, läßt sich nicht immer sagen; der Satz ist zu unbestimmt. Besteht die Leistung theils im Geben theils in Handlungen, so kommt dieser Grundsatz zur Anwendung. Pr. 2066, vom 3. Oktober 1848. Das Recht zum Rücktritt und die Forderung auf Schadloshaltung erlischt dadurch nicht, daß der Gläubiger den säumigen Schuldner hat zur Erfüllung verurtheilen lassen; der Schuldner erwirbt daraus kein Recht auf nachträgliche Erfüllung. Entsch. XX, 124.

füllung aus einem unerheblichen Grunde verweigert[10]). V. Wegen des Todes des Verpflichteten kann der Andere zurücktreten, wenn individuelle Handlungen der Gegenstand sind[11]), und überhaupt, wenn dem Verstorbenen, wegen seiner persönlichen Eigenschaften und eines darauf gegründeteten Vertrauens, besondere sonst bei solchen Geschäften ungewöhnliche Vortheile zugesichert worden sind, und die Erben dafür, daß sie dem Vertrage ebenso, wie es von dem Verstorbenen selbst zu erwarten war, genügen werden, nicht annehmliche Sicherheit bestellen[12]). VI. Wegen Mangels eines rechtlichen Interesses des andern Theils[13]). VII. Wenn der Rücktritt vorbehalten ist. — Der Rücktritt erfordert die zur Eingehung des Geschäfts erforderliche Form, weil er ein Willensakt ist[14]).

Zweite Abtheilung.

Von einseitigen Handlungen.

§. 569.

I. Handlungen des Verpflichteten.

Die einseitigen Handlungen (§. 102) sind entweder erlaubte oder unerlaubte. I. Erlaubte einseitige Handlungen, namentlich bloß einseitige Versprechen, machen in der Regel nicht verbindlich. Eine Ausnahme macht das Gelübde (votum), d. i. das sich selbst gegebene Versprechen einer Leistung zu einem frommen oder religiösen Zwecke. Der Gelobende bleibt zwar nur in seinem Gewissen verpflichtet, ob er dasselbe erfüllen will, sein Erbe aber ist, wenn der Erblasser mit der Erfüllung angefangen hat, zur Vollendung verpflichtet, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Erb-

---

10) §§. 395—407 a. a. O. Die Theorie ist ganz neu erdacht und verwickelt, dabei sind die Bestimmungen unvollständig, unklar und in der Anwendung gefährlich; übrigens aber ganz unpraktisch. S. darüber Recht der Ford. §. 138. Einen Fall der Anwendung des §. 406 f. Entsch. des Obtr. XX, 97.

11) Ebend. §. 416. Gehört in die Lehre von Verträgen über Handlungen.

12) §. 423 das. — S. dazu Recht der Ford. §. 139.

13) So muß wol der §. 70 a. a. O. verstanden werden; der Satz paßt übrigens nicht für das heutige Recht. Die Quelle ist die L. 38, §. 17 D. de verb. obl., welche sich speciell auf Stipulationen für Dritte bezieht, und die L. 15 D. de servit., die sich über die Entstehung einer Servitut verhält.

14) Deshalb ist der Satz, daß der in einem schriftlichen Vertrage über ein Grundstück vorbehaltene Rücktritt formlos geschehen kann (angenommen vom III. Senate des Ober-Tribunals am 5. Oktober 1848, in Revis. Sachen Fingerling c. Marks Liepmann) ungerechtfertigt.

lasser solche nicht gewollt hat[1]). Pollicitationen, worunter das G. R. ein dem Gemeinen Wesen geleistetes einseitiges Versprechen versteht[2]), sind dem Pr. R. unbekannt. Auslobungen[3]) sind Anträge zur Eingehung eines Vertrags über Handlungen und gehören nicht hierher. II. Einseitige erlaubte oder unerlaubte Handlungen (§§. 137 flg.), welche die Rechte Anderer verletzen und dadurch beschädigen, begründen eine selbstständige Verbindlichkeit zur Entschädigung (§. 141 u. 145). Das Pr. R. hat für alle Entschädigungsklagen aus dergleichen Handlungen die Verjährung von Drei Jahren, seit der von der Verletzung und dessen Urheber erlangten Kenntniß; nach 30 Jahren ist die Klage auch dann ausgeschlossen, wenn der Verletzte bis dahin keine Kenntniß von dem Urheber hatte[4]). Diese kurze Verjährung findet Anwendung auf alle, außer dem Falle eines Vertrags entstandene Beschädigungen, die Ursache mag eine erlaubte oder unerlaubte Handlung sein, doch nur auf die allgemeine Entschädigungsklage, nicht auf zustehende besondere Klagen, z. B. Vindikation, Kondiktion 2c.[4a]). Daher findet sie Anwendung auf Ansprüche wegen Beschädigungen durch öffentliche Anlagen, wie z. E. den Bergbau, nicht aber auf Ansprüche wegen Vergütung für das zu solchen Anlagen herzugebende Eigenthum oder Nutzungsrecht; ferner soll sie Anwendung finden auf Entschädigungsansprüche gegen öffentliche Beamte von Seiten derjenigen Personen, mit welchen sie im Amte in Berührung gekommen sind[5]), nicht aber auf solche Ansprüche, welche von dem Dienstherrn auf Grund des

---

1) I, 5, §§. 5 und 6. — Vergl. L. 2 D. de pollicit. (L. 12). — Suarez amtl. Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 4.

2) L. 1, §§. 1, 4—5, L. 2—4; L. 6 pr., 7, 9, 11, 14 D. eod. — Wichers de romano pollicitationum jure. Groen. 1805. — von Bülow, Abhandl. Th. I, Nr. 11, S. 271 flg.

3) I, 11, §. 989. — S. weiter unten §. 712.

4) I, 6, §§. 54, 55. — Ueber die Gründe s. Suarez amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 7. Der zweite neuerfundene Satz widerspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

4a) Pr. 1883, vom 7. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 97). Dagegen soll sie doch wieder auf die actio tutelae (Regreßansprüche ehemaliger Pflegebefohlener an ihre gewesenen Vormünder — wie es ausgedrückt wird) Anwendung finden. Pr. vom 31. Oktober 1837. In diesen Anwendungen ist natürlich kein leitender Grundgedanke, weil das Generalisiren die sachlichen Begriffsbestimmungen verworfen und damit den Boden verloren hat.

5) Das Prinzip ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, indem in sehr vielen Fällen ein Kontraktsverhältniß, namentlich ein Auftrag oder ein Realkontrakt nach der Form do ut facias, zum Grunde liegt.

Dienstkontrakts erhoben werden; auch nicht auf Fälle, wo der Beschädiger sich zugleich mit dem Schaden des Andern einen Vortheil verschafft hat, soweit der Anspruch den Betrag dieses Vortheils nicht übersteigt (Klage wegen Bereicherung)[6].

II. Handlungen Dritter.

A. Verträge.

§. 570.

1. Das Allgemeine.

Die Röm. Regel: obligatio tertio non contrahitur, ist anerkannt[7]). Es läßt sich aber auf zweierlei Weise bewirken, daß man aus einem unter Dritten abgeschlossenen Vertrage Rechte erlangt, nämlich: wenn man in solutione sein soll (adjectus solutionis causa), wo man von dem Schuldner, der dadurch die Wahl hat, an wen er zahlen will, die dem Gläubiger versprochene Leistung gültig empfangen kann[8]); und wenn der Dritte die Leistung, welche er sich von seinem Kontrahenten für uns versprechen läßt, zur Bedingung einer für sich auf den Nichtleistungsfall ausbedungenen Strafe macht (§. 558, IV, 3), oder wenn er selbst bei der Leistung an uns ein Interesse hat[9]); in beiden Fällen aber kann nur der Gläubiger (der Kontrahent) klagen. Soll Derjenige, zu dessen Vortheil die Dritten unter sich pacisciren, Gläubiger werden und ein Klagrecht erwerben: so muß er als Mitkontrahent von den Parteien, unter Zustimmung aller derjenigen Interessenten, welche den Vortheil des Dritten bezweckt haben, zugezogen werden und dem Vertrage in derselben Form, welche erforderlich gewesen sein würde, wenn von Anfang mit ihm allein kontrahirt worden wäre, beitreten, wobei die allgemei-

---

6) Dekl. v. 31. März 1838 (G. S. S. 52). — Vergl. die ältern Rechtsfälle in: Simon, Rechtsspr. Bd. I, Nr. 22 und 23; Entscheid. des Ober-Trib. Bd. II, Nr. 26. S. oben die Note 4a.

7) I, 5, §§. 75–76. — L. 11 D. de obl. et act. (XLIV, 7); §. 4 J. de inutil. stipul. (III, 20).

8) I, 16, §§. 31, 32. — §. 4 J. eod.; L. 126, §. 2; L. 141, §. 3 D. de verb. oblig. (XLV, 1); L. 12, §. 1; L. 95, §. 5; L. 98, §§. 4, 5 D. de solution. (XLVI, 3). Der Gläubiger kann davon nicht einseitig abgehen und zu seinen Händen Zahlung fordern §. 559.

9) §§. 19, 20 J. de eod. — L. 38, §. 17, 20—23 D. de verb. obl. (XLV, 1). Des Beweises eines besondern Interesses bei der geforderten Erfüllung bedarf es nicht, wenn der eine Kontrahent gegen den Andern auf Erfüllung klagt. Pr. des Ober-Trib. 1571, v. 10. Mai 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 150).

nen Regeln vom Antrage und der Annahme (§. 548) gelten. So lange keine einstimmige Aufforderung der Parteien, oder Desjenigen von ihnen, welcher etwa nur allein den Vortheil des Dritten bezweckt hat[9a]), zum Beitritt an Jenen ergangen ist, können sie nach Gutbefinden den Vertrag unter sich ändern oder wieder aufheben; nach erlassener Aufforderung müssen sie die gesetzliche Zeit zur Annahme abwarten[10]). Es muß sonach ein neuer Vertrag zwischen den Hauptparteien und demjenigen, für welchen der Vortheil entstehen soll, geschlossen werden[11]). Auf den Fall, wenn ein Vater in einem mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Gutsüberlassungs-Vertrage, einem andern Kinde eine Abfindung ausgesetzt hat, hält man den Grundsatz nicht für anwendbar; man erkennt ein Klagrecht des Kindes auf die Abfindung gegen den Gutsannehmer ohne Cession des Vaters an[12]).

2. Stellvertretung.

§. 571.

a) Grundsatz.

In der Regel ist jeder für einen Dritten abgeschlossene Vertrag dergestalt, daß er selbst daraus klagen und belangt werden kann, gültig, wenn die Person, welche den Vertrag geschlossen hat, aus irgend einem rechtlichen Grunde als Mittel des Dritten angesehen wird[1]).

9a) S. Entscheidungen des Ober-Trib., Bd. X, S. 341 ff.

10) I, 5, §§. 74—77. — Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 171. — Vergl. Deklar. vom 21. März 1835 (G. S. S. 42).

11) Dadurch ist der unter den Civilisten geführte Streit für das Pr. R. entschieden. S. über die verschiedenen Meinungen: Grattenauer Abhandlungen und Aufsätze 2c. (Glogau, 1805), Nr. III, und den Auszug daraus in Mathis, Bd. II, S. 59 und 263 ff.

12) Pr. 1770 (Pl. Beschl.) v. 25. Aug. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 68). Der Vater vertritt hier das Kind.

1) Eine Ausnahme macht die Ehe der „Privatpersonen", worunter wol Unterthanen, im Gegensatz zu den Personen aus der regierenden Familie, zu verstehen sind: II, 1, §. 167. Nach altem R. R. galt gar keine freie Stellvertretung. Nach und nach fand der Grundsatz Eingang, zuerst bei dem Darlehn. L. 15, L. 9, §. 8 D. de reb. cred. (XII, 1).

§. 572.

b) Einzelne Gründe.

Dergleichen rechtliche Gründe sind: I. Auftrag. Freie Stellvertretung durch einen Beauftragten ist in der weitesten Ausdehnung zulässig, so daß selbst wegen Ueberschreitung der dem Andern unbekannten Grenzen des Auftrags und auch während der Dauer des Verhältnisses ein Anspruch gegen die Person des Stellvertreters nicht zulässig ist [2]). Nach diesem Stande hätte es keiner besondern Regeln für einzelne Verhältnisse mehr bedurft; es sind jedoch viele, im R. R. vorfindliche, in den Grundansichten desselben wohlbegründete Verschiedenheiten beibehalten. Deshalb ist auch in dieser Beziehung noch zu unterscheiden: 1. der Vollmachtsauftrag (s. unten §. 655), 2. die Prokura (actio institoria) (§. 411), 3. das Verhältniß des Schiffers (actio exercitoria) (§. 423). II. Juristische Gewalt (Potestas). Das heutige Recht, namentlich das Pr., weicht hierbei von dem Röm. von Grund aus ganz ab [3]), weil die Röm. Rechtsansichten auf die deutschen Familienverhältnisse nicht passen; es ist kein Röm. Institut aus dem Familienrechte, bezüglich auf die nothwendige Vertretung des Familienhaupts, aufgenommen. 1. Die Kinder sind hinsichtlich des Erwerbes von dem Vater rechtlich unabhängig; sie erwerben für sich selbst, ohne den Beitritt des Vaters, mit Ausnahme des Falles, wo solches bei Gelegenheit der Hülfsleistung in der Wirthschaft und dem Gewerbe der Aeltern geschieht, indem dieser Fall ein Auftrag ist [4]). Verbindlich gemacht wird der Vater durch das Kind niemals ohne Befehl, Auftrag, Genehmigung oder nützliche Verwendung; daß der Vater ein oder anderes Mal die Schulden des Kindes bezahlt, begründet keine Vermuthung für das Dasein einer solchen Bevollmächtigung [5]); auch dadurch wird der Vater nicht verbindlich, daß er dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde seine Bewilligung zur Eingehung eines eigenen Rechtsgeschäfts giebt, weil die väterliche Gewalt in dieser Be-

2) Ueber die Entwickelung des Grundsatzes s. Recht der Ford. §. 142.

3) S. darüber Recht der Ford. §. 148.

4) II, 2, §§. 123—128. S. unten §. 768.

5) Ebend. §§. 126—128. Ueber die Gedanken der Verf. bei diesen Satzungen s. m. Jahrb. Bd. XLI, S. 135.

ziehung nur die Bedeutung einer Vormundschaft hat[6]). Ebenso umgekehrt, in Vergleich zum R. R., verhält es sich mit der Verbindlichmachung der Kinder in väterlicher Gewalt: vermöge der väterlichen Vormundschaft werden die Minorennen nur durch den Vater vertreten und die Großjährigen bedürfen noch der väterlichen Bewilligung, um sich civiliter zu verpflichten[7]). 2. **Ehefrauen**, welche nach den Grundsätzen des Pr. R. in einer Art Vormundschaft des Mannes stehen (s. o. §. 112, I, d, und unten §. 749, III), verpflichten den Mann: a) durch alle, die ordentliche Vermögensverwaltung, den Unterhalt der Familie, oder den Gewerbsbetrieb betreffenden Handlungen, welche von ihr bei gänzlicher Unfähigkeit des Mannes durch anhaltende Krankheit, oder in Abwesenheit des Mannes ausgehen und so dringlich sind, daß dazu die Verfügung des Mannes, entweder weil sein Aufenthalt dem andern Kontrahenten nicht bekannt oder weil er zu entfernt ist, nicht eingeholt oder abgewartet werden kann[8]); b) durch Aufborgung von Waaren oder Sachen zu gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Nothdurften, ohne Unterschied: ob die Frau das dazu nöthige Geld von dem Manne erhalten hat oder nicht, weil der Dritte davon keine Wissenschaft haben kann, es wäre denn, daß der Mann das Kreditgeben an seine Frau öffentlich durch den Richter hätte bekannt machen lassen[9]); c) durch Kontrahirung solcher Schulden, welche zum Betriebe des ihr aufgetragenen Gewerbes oder eines Theils davon, in Abwesenheit des Mannes, von ihr gemacht werden[10]). Die Frau gilt in diesen Fällen als Institor, wird mithin nicht persönlich verpflichtet[11]), ohne Unterschied: ob sie in eigenem Namen oder für den Mann kontrahirt, weil die Frau ihre Person niemals ohne Zustimmung des Mannes

---

6) Die L. 1 pr. §. 6 D. quod jussu, und L. 5 C. ad SC. Maced., woraus man das Gegentheil für unser Recht hat beweisen wollen (Gesetzrevis., Motive z. Entwurf zu II, 2, S. 20) passen auf unsere Zustände ganz und gar nicht. S. unten §. 768.

7) II, 2, §§. 126, 131. Ausnahmen: §§. 158, 159 und A. G. O. I, 1, §§. 13, 14. Die väterliche Beistimmung genügt, wenn auch zwei seiner Kinder mit einander kontrahiren. Pr. 1662, vom 6. Dezbr. 1845 (Entsch. Bd. XIII, S. 332).

8) II, 1, §§. 202, 326.

9) Ebend. §§. 321—324. Die Privatbekanntmachung bleibt wirkungslos.

10) §. 325 a. a. O.

11) §. 328 a. a. O. Unpassend hat man hier von einer versio in rem gesprochen, wodurch die Frau persönlich verpflichtet werden soll. S. u. §. 573.

einem Dritten verbindlich machen kann, und weil überdies dergleichen Verbindlichmachung eine Intercession für den Ehemann sein würde. d) Der Mann wird auch durch seine Einwilligung [12]) zu den Rechtsgeschäften der Frau, als Selbstschuldner, verpflichtet, weil er Herr des ganzen Haushalts und Erwerbs ist. Die Selbsthaftung des Mannes fällt weg: aa) wenn der Frau die Einkünfte des besondern Gewerbes vorbehalten sind; bb) wenn die Einwilligung mit ausdrücklicher Verwahrung gegen die Selbsthaftung gegeben ist; cc) wenn der Gläubiger ein Unterpfandsrecht in dem Vermögen der Frau, wenn auch erst hinderdrein, bestellt erhalten hat [13]). III. Vormundschaft. Der Pflegebefohlene wird unmittelbar und persönlich durch die gültig vollzogenen Rechtshandlungen des Vormundes berechtiget und verpflichtet (§. 793); nur wenn der Vormund in Angelegenheiten seines Mündels in eigenem Namen kontrahirt hat, haftet er dem Andern persönlich und muß erst durch Abnahme der Verbindlichkeit, Seitens des gewesenen Pflegebefohlenen, befreit werden; der Pflegebefohlene bedarf auch in diesem Falle keiner Cession [14]). Zur Perfection des Vertrages ist in der Regel, wenn es nämlich nicht besonders vorgeschrieben ist [14a]), die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich, vielmehr vertritt der Vormund die juristische Persönlichkeit des Pflegebefohlenen vollständig [14b]).

---

12) Auf Zeit und Form der Einwilligung, die selbst stillschweigend, z. B. durch Duldung eines von der Frau unternommenen eigenen Gewerbes, erklärt werden kann, kommt nichts an. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 309. — Pr. 1842 (Pl. Beschl.) vom 1. März 1847 (J. M. Bl. S. 155). — S. auch unten §. 752, III.

13) §§. 329—337 a. a. O. In diesen Ausnahmefällen steht der Mann mit seinen Rechten über die Person und in dem Vermögen der Frau dem Gläubiger nach. Selbstverständlich haftet der Mann nicht für voreheliche Schulden der Frau.

14) II, 18, §§. 251, 252. S. unten §. 796.

14a) Wie z. B. bei Veräußerung von Grundstücken und bei Ankaufung von Leibrenten und Pensionen. §§. 550, 600 a. a. O.

14b) I, 5, §. 10. Die §§. 238, 239, 598, II, 18 sind nicht entgegen. Die beiden ersten beziehen sich auf das Verhältniß zwischen Vormund und Obrigkeit, der letztere auf das zwischen Vormundschaft und Pflegebefohlenen. Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib. in Revis. Sachen Bartel c. Dömke, $^{784}/_{138}$, III, 48, am 27. Febr. 1849. Vergl. den zu §. 793 alleg. Plenarbeschl.

§. 573.

c) Besonders nützliche Verwendung.

A. L. R. I, 13, §§. 262–280. — M. Abh. über das Wesen der actio negotiorum gestorum und der actio de in rem verso, und über das Verhältniß beider Klagen zu einander, nach den Grundsätzen des A. L. R. und Gemeinen Rechts; im Schles. Arch. Bd. IV, S. 128 ff. — L. E. W. Schmidt, über die Lehre von nützlichen Verwendungen nach dem A. L. R.; in der Jurist. Wochenschrift, 1839, S. 281 flg.

I. **Nützliche Verwendung** (versio in rem) ist die Handlung eines Empfängers, wodurch aus der Leistung des Gebers eine Forderung für Diesen an einen Dritten vermittelt wird. Die Handlung besteht darin, daß der Empfänger das Empfangene zum Vortheile des Dritten verwendet. Die Wirkung ist, daß der Geber die Klage, welche er aus der Leistung gegen den Empfänger selbst hat oder haben würde, gegen den Dritten gebrauchen kann, gleichwie Jemand, der mit einem Bevollmächtigten kontrahirt, mit der Kontraktsklage unmittelbar den Auftraggeber belangen kann. Derjenige, zu dessen Vortheil verwendet worden, ist also durch einen Dritten (den Vertenten) dem Geber unmittelbar verbindlich gemacht, gleich einem Vollmachtsgeber; die Verwendung ersetzt die Vollmacht. Zu einer nützlichen Verwendung gehören mithin wesentlich drei Personen, wie zu jedem durch einen Stellvertreter begründeten Rechtsverhältnisse, nämlich der Geber (Versionskläger), der Empfänger und Vertent (die Mittelsperson), und Der, zu dessen Vortheile verwendet worden ist (Versionsbeklagter). Unter zwei Personen kann eine versio in rem nicht vorgehen, vielmehr ist die Handlung, wodurch Einer aus eigenen Mitteln zum Besten des Andern unaufgefordert Etwas verwendet, Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) [15]). II. Die Erfordernisse sind: 1. Dasjenige, was der Kläger hergegeben oder durch Handlungen geleistet [15a]) hat, muß in den Nutzen des Beklagten durch

---

15) Unpassend wird die Geschäftsführung häufig **nützliche Verwendung** genannt. S. über den hier gegebenen Begriff der versio in rem und über das Verhältniß der negotiorum gestio zu derselben m. Aufsatz im Schles. Archiv, Bd. IV, S. 128; und Recht der Ford. §. 150.

15a) Dabei genügt der Nachweis, daß die Handlung geleistet worden ist; es ist nicht erforderlich, daß zur Hervorbringung des Nutzens von dem Kläger Ausgaben gemacht und besondere Veranstaltungen getroffen worden sind. Pr. 1882, v. 4. Juni 1847 (Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 466 u. XV, S. 206).

den Empfänger verwendet worden sein: die Forderung kann den Betrag des wirklich Verwendeten nicht übersteigen, und die Klage geht auf Zurückgabe des noch Vorhandenen oder Ersatz des bereits Verbrauchten [16]). 2. Die Verwendung muß von der Mittelsperson nicht in der Absicht zu schenken [17]), oder eine eigene, wenn auch nur unvollkommene oder vermeintliche Verbindlichkeit zu erfüllen [18]), sondern um den Andern zu verpflichten, geschehen [19]). Ist auf eine vermeintliche Schuld gezahlt worden, so gelten für die Versionsklage die Regeln von der Kondiktion. III. Ob eine Verwendung nützlich sei, ist eine Thatsachenfrage, welche meistentheils durch das Ermessen des Richters entschieden wird, wobe er folgende Regeln zu beachten hat: 1. Bestreitung nöthiger oder nützlicher Ausgaben ist nützliche Verwendung; nöthige Ausgaben sind solche, welche aus einer Verbindlichkeit oder zur Vermeidung der Gefahr eines größern Uebels gemacht werden müssen [20]). 2. Ist der Vertent ein Unfähiger, welcher auf Rechnung ihm schuldiger Leistung durch eigenen Verbrauch das Empfangene in den Nutzen des Andern verwendet und dadurch den Geber zum Gläubiger seines Schuldners machen will: so gilt die Verwendung nur dann für nützlich, wenn die Gefahr so dringend ist, daß der Unfähige nicht Zeit genug hatte, die Zustimmung seines Schuldners einzuholen; doch sollen Ausgaben für die nothwendigsten und dringendsten Bedürfnisse des Lebens eines außer dem väterlichen Hause lebenden Kindes unbedingt für nützliche Verwendung gelten [21]). 3. Verwendungen, wodurch der Werth einer Sache oder sonst die Vermögensumstände des Andern wirklich ver-

---

16) I, 13, §§. 262—264. Vergl. L. 3, §§. 4, 5; L. 10, §. 4; L. 5 pr.; L. 12 D. de in rem verso (XV, 3), wonach Ersatz des Verwendeten und nicht bloß Zurückgabe des noch Vorhandenen gefordert werden konnte; dieses nur dann, wenn bloß zum Vergnügen oder zum Luxus die Verwendung gedient hat.

17) I, 13, §. 280. Dessen Bestimmung bezieht sich keineswegs auf den Geber, denn von diesem versteht sich ohnehin von selbst, daß, wenn er schenkt, er keine Klage haben kann. Vergl. L. 10, §. 2; L. 7, §. 5 D. de in rem verso (XV, 3).

18) I, 16, §. 179. Rechtsfall in m. Anleitung zum Referiren, 2. Ausgabe, S. 143.

19) L. 34, 44 D. de negotiis gestis (III, 5); L. 11 C. eod. (II, 19).

20) I, 13, §§. 268—270. — L. 3, §§. 1—3, 5; L. 7, §§. 3, 5; L. 8, 15 D. de in rem verso (XV, 3).

21) I, 13, §. 271. — II, 2, §§. 129, 130. Der Gläubiger muß den Beweis der Nothwendigkeit und Dringlichkeit des Bedürfnisses führen. Pr. 792, vom 20. Januar 1840. Auch bei Bestreitung von Bedürfnissen für Kinder außer dem väterlichen Hause. Pr. 2136, v. 20. August 1849 (Entsch. XVIII, 285).

bessert[22]), oder Verschlimmerungen verhindern werden[23]), sind nützlich. 4. Von Anfang nützliche Verwendungen bleiben es, wenngleich der Vortheil hinterdrein wieder verloren gegangen[24]). Eine Ausnahme gilt bei Unfähigen, indem der Anspruch nur wegen Bereicherung (§. 642), also nur auf den Betrag des zur Zeit des erhobenen Anspruchs noch wirklich vorhandenen Vortheils gestattet sein soll[25]). IV. Die Klage geht 1. gegen Den, dessen Angelegenheiten der Verwender besorgt hat. Der Kläger muß die Leistung an den Vertenten und auch die Handlung der Verwendung oder die Ueberlieferung aus den Händen des Empfängers an den Beklagten beweisen[26]); daher ist die Klage unstatthaft, wenn das Empfangene zufällig verloren gegangen, ehe es dem Vermögen des Andern (des Beklagten) durch den Empfänger einverleibt werden konnte[27]). 2. Gegen den dritten Besitzer der verbesserten Sache, wenn er dieselbe unentgeltlich erworben hat, in soweit als der durch die Verwendung verschaffte Vortheil zur Zeit der Erwerbung noch wirklich vorhanden war[28]).

---

22) I, 13, §. 272. — L. 3, §. 4 D. de in rem verso (XV, 3).

23) L. 3, §. 2 D. eodem.

24) I, 13, §. 273. — L. 3, §§. 7, 8, 10; L. 17 pr. D. eod.

25) I, 13, §. 274. Bei Verwendungen auf Lebensbedürfnisse, wo kein Besitz übrig bleibt, ist die Ersparniß des eigenen Vermögens der bleibende Vortheil. Das Pr. des Ober-Trib. 684, vom 10. Juni 1839, sagt: diese Vorschrift findet nur dann Anwendung, wenn der Anspruch aus der nützlichen Verwendung noch während der Unfähigkeit, nicht aber, wenn er nach gehobener Unfähigkeit geltend gemacht wird. Ist unverständlich. Der §. 274 bezieht sich überhaupt nur auf die Bereicherungsklage, nicht auf die eigentliche actio de in rem verso.

26) §§. 267, 265 a. a. O. Pr. 1882, vom 4. Juni 1847 (Entsch. XV, S. 206).

27) Der sich hierauf beziehende §. 266 a. a. O. ist undeutlich gefaßt; in seinem Wortlaute würde er dem §. 273 widersprechen, wenn er nicht auf den Fall bezogen würde, wo die Verwendung noch nicht stattgefunden hatte. Unter „Uebernehmer" ist der Empfänger in dem Falle zu verstehen, wo er das ihm für Rechnung des Andern (Beklagten) Gegebene für sich selbst verbraucht (Note 21), denn wenn dieser davon keinen Nutzen hat, so ist es auch nicht zum Vortheil des Beklagten verwendet; sonst ist darunter der Beklagte zu verstehen. — Vergl. L. 3, §. 10, L. 4 D. eod.

28) §§. 275, 276 a. a. O. Aus Leyser, Med. sp. 167, m. 1. — In diesem Falle hat die Klage den Grund der condictio sine causa, ist aber die actio in factum wegen Bereicherung, wie in einem ähnlichen Falle bei der unmöglich gewordenen Vindikation. S. oben §. 239, I, 3, Note 23. — Bd. I, S. 454. Vergl. unten §. 642.

§. 574.

B. Unerlaubte Handlungen.

Durch unerlaubte Handlungen Anderer werden, vermöge einer angenommenen obligatio impediendi [1]), verbindlich gemacht: 1. Auftraggeber und zwar bei unerlaubten Aufträgen oder Befehlen unbedingt auch für die Ueberschreitungen [2]), bei erlaubten Aufträgen nur im Falle einer fahrlässigen Bestellung eines Untüchtigen subsidiarisch [3]). Veranlassung unwillkührlicher Handlungen soll nur im Fall des Dolus und groben Versehens verpflichten [4]). 2. Aufseher, wenn sie auch nur aus mäßigem Versehen die Aufsicht vernachlässigen und unterdeß der Beaufsichtigte schädlich wird [5]). 3. Aeltern durch die Handlungen der Kinder, wenn sie solche veranlaßt oder wenn sie durch böses Beispiel dazu verleitet haben, was aus einer Billigung der vollbrachten That vermuthet wird [6]); oder wenn sie die Beschädigung verhindern konnten, oder wenn sie den Unterricht, die Erziehung und die Aufsicht aus grober Fahrlässigkeit vernachlässigt haben [7]). Dienstherren und Gewerbsleute werden durch die unerlaubten Handlungen ihres Gesindes und ihrer Gehülfen zum Schadensersatze verbunden: a) wenn sie die Schadenszufügung, obwohl sie solche verhindern konnten, wissentlich geschehen lassen [8]); b) wenn sie gefährliche Leute wissentlich in Dienst nehmen oder behalten [9]); c) wenn

---

1) I, 6, §. 59. — **Pufendorf**, de jure naturae, L. I, c. 5, §. 14; und de officio hominis et civis, L. 1, c. 1, §. 18. — **Leyser**, Med. sp. 113, m. 4—7.

2) §§. 51, 52, 58 a. a. O. — L. 11, §. 3 D. de injur. (XLVII, 10); L. 1, §. 13 D. de vi (XLIII, 16); C. 3 de homicid. in 6 (V, 5).

3) §. 53 a. a. O. — Die Bestimmung harmonirt hinsichtlich der Verschuldung nicht mit §. 64 u. I, 13, §. 36, wonach nur Dolus verantwortlich macht. Vergl. L. 11 pr. D. locati (XIX, 2).

4) §. 56 a. a. O. Dieser Fall gehört nicht hierher. L. 11 pr. D. de injur. (XLVII, 10).

5) §. 57 a. a. O. Der Beschädigte muß selbst dabei nicht ein Versehen begangen haben.

6) II, 2, §§. 140, 141, 144.

7) Ebend. §§. 142, 144. Noth schließt die Fahrlässigkeit aus; wer sein Kind verlassen muß um die Leibesnahrung zu verdienen, ist nicht fahrlässig.

8) I, 6, §§. 61, 65. — L. 2 pr., L. 3, L. 4 pr. §. 2 D. de noxal. act. (IX, 4).

9) Ebend. §§. 62, 65. — **Struben**, Bed. Th. I, Bed. 179.

durch Dienstleute Feuerschaden entsteht und der Herrschaft die Unvorsichtigkeit derselben bei dem Gebrauche von Feuer und Licht bekannt gewesen ist, ohne sie sobald wie rechtlich möglich entlassen zu haben[10]; d) wenn wissentlich untüchtige Leute zu einer Verrichtung verwendet werden und durch deren Ungeschick Andern Schaden zugefügt wird (Note 3). In dem Falle a entsteht eine solidarische, in den andern Fällen eine subsidiarische Verbindlichkeit[11], mit Ausnahme des Falles, wenn durch Thiere auf fremden Grundstücken Schaden angerichtet ist, wo der Eigenthümer der Thiere in der Regel unmittelbar belangt werden kann, ohne daß der Beschädigte sich an den Hirten verweisen zu lassen braucht[11a]. e. Wenn die Dienstleute oder Gehülfen in Angelegenheiten des Herrn, obgleich ohne dessen Vorwissen, die Zoll- und Steuergesetze übertreten; die Haftung ist subsidiarisch[12]. f. Wenn Stadtgemeinden oder andern Privatpersonen die Unterhaltung einer Straße, Brücke oder eines Weges gesetzlich obliegt, kann wegen des durch die Vernachlässigung dieser Unterhaltung entstandenen Schadens der Beschädigte sich an die Stadt und beziehlich den Prinzipal selbst halten, und darf nicht an die Beamten, welche das Versehen begangen haben, verwiesen werden[12a]. — Bei der hierher gehörigen Frage: inwiefern der Staat durch die unerlaubten Handlungen seiner Beamten für den angerichteten Schaden verbindlich wird, ist vor Allem die zwiefache Persönlichkeit des Staats zu unterscheiden (§. 60). Sodann erledigt sich die Frage nach folgenden Grundsätzen: a. Der Staat als solcher wird durch unerlaubte Handlungen

---

10) §§. 63, 65 a. a. O., verb. mit §. 126 der Gesinde-Ordnung v. 1810 (II, 5, §. 125). Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Herr nicht das häusliche Richteramt hat, und daher nicht aus eigener Macht das Gesinde entlassen darf, wenngleich er sich von der Unvorsichtigkeit desselben überzeugt hat; denn er muß vor dem gewöhnlichen Richter Beweis führen. Deshalb paßt die Bestimmung der §§. 63, 65, entnommen aus dem Röm. Sklavenverhältnisse [L. 27, §. 9, 11 D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 11 pr. D. locati (XIX, 2); L. 11 D. de periculo et commodo (XVIII, 6)], nicht auf unser Gesindeverhältniß.

11) §§. 61, 67 a. a. O. Ist dem Grundsatze §. 59 ganz entsprechend.

11a) §. 73 a. a. O. Eine Ausnahme macht der §. 185, I, 22. — Pr. des Ober-Trib. 1300, vom 20. Mai 1843.

12) II, 8, §§. 515–519, 1532. — Ordn. vom 8. Februar 1819, §. 83, (G. S. S. 109); Dekl. v. 6. Oktbr. 1821 (G. S. S. 187); Ges. v. 23. Jan. 1838, §§. 19 und 56 (G. S. S. 78); Ges. vom 20. März 1837, §. 4 (G. S. S. 57).

12a) Der Satz gilt als Ausnahme von der Regel: daß der Prinzipal für die Versehen des Dieners nicht verantwortlich ist. Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 94).

der mit der Regierungsgewalt beauftragten Beamten bei Ausübung ihres Amts niemals verbindlich; er ist in dieser Gestalt überhaupt, einem Unterthan gegenüber, gar nicht fähig, eine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen. b. Der Staat als Erwerbsgesellschaft (der Fiskus) hingegen muß für allen Schaden haften, welchen seine Beamten (diese sind nie Regierungs-, sondern immer Erwerbs- und Verwaltungsbeamte für Vermögensrechte) bei Erfüllung einer gegen bestimmte Personen eingegangenen Verbindlichkeit verursachen. c. Durch unerlaubte Handlungen aber, welche seine Beamten außerdem bei ihren Amtsverrichtungen, selbst bei Eingehung von Verbindlichkeiten des Fiskus, begehen, wird auch der Fiskus nicht verpflichtet[13]. 5. Hauswirthe, Herrschaften und Meister werden durch unvorsichtigen Gebrauch von Feuer und Licht, durch Auswerfen oder Ausgießen aus dem Hause, durch Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit in Verschließung des Hauses von Seiten der Hausbewohner, Gesinde und Gehülfen, subsidiarisch verpflichtet, wenn sie wissentlich solche unvorsichtige Leute dulden, und hauptsächlich, wenn sie die Person des Beschädigers nicht nachweisen können[14]. — Ehemänner werden durch die unerlaubten Handlungen der Frauen auch nicht soweit verpflichtet, daß sie sich den ehemännlichen Nießbrauch an dem Eingebrachten entziehen lassen müßten; denn sie haben keine juristische Gewalt über die Person, und der Nießbrauch ist ein wohlerworbenes Recht, welches nicht durch einseitige Handlungen des Eigenthümers entzogen werden kann[15].

Viertes Kapitel.

Von den Aufhebungsgründen der Obligationen.

Albrecht Hummel, Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten, Verbindlichkeiten aufzuheben, nach Römischem und heutigem Rechte. Giessen, 1804.

---

13) Die Entwickelung dieser Sätze s. Recht der Ford. §. 151, II, 5, wo auch die Literatur angegeben ist. Zu ganz andern Ergebnissen kommt Scholz in seiner Abhandl. über diese Frage, in der Jur. Wochenschrift, 1836, S. 5 ff.

14) I, 6, §§. 66—68.

15) Das R. vom 25. Januar 1796 (Amelang II, 104; Mathis I, 800) will das Gegentheil, aus unerheblichen Gründen. Recht der Forderungen, §. 151, II, 4.

§. 575.

Uebersicht.

Liberation ist der technische Ausdruck für Auflösung einer Obligation im R. R.; Solution ist eine bestimmte Auflösungsart, hat aber zuweilen auch die Bedeutung von Liberation. Beide Ausdrücke kommen in der Sprache der neuern Pr. Gesetzgebung nicht vor, die Begriffe aber sind vorhanden. Die Aufhebung einer Obligation kann mit und ohne Befriedigung des Gläubigers geschehen, und zwar entweder mit unmittelbarer Wirkung (ipso jure), oder mittelst eines Rechtsmittels (ope exceptionis). Mit Befriedigung (durch Tilgung) geschieht sie mittelst Erfüllung (Zahlung), Deposition, Angabe an Zahlungsstatt, Kompensation und Novation, von welcher letztern schon in anderer Beziehung Sprache gewesen (§§. 540 flg.); ohne Befriedigung erlischt die Obligation, außer den allgemeinen Aufhebungsarten von Rechten (§. 210 flg.), wozu auch die Resolutiv-Bedingung (§. 119) und der Endtermin (§. 121) gehört, und außer der löschenden Verjährung (§. 157 flg.), durch Erlaß, durch Unmöglichkeit der Erfüllung, durch Konfusion und durch Vernichtung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

A. Aufhebung durch Befriedigung des Gläubigers.

I. Erfüllung (Zahlung).

I, 16, §§. 28—212. — Roshirt, von der Solution der Obligationen; in der Zeitschrift, Bd. II, Nr. II. — Weidner, die Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt. Jena, 1799. — **Dubois, de solutione. Lovan., 1826.**

§. 576.

1. Begriff und Erfordernisse.

I. Zahlung (Solution) heißt die Tilgung einer Obligation durch die vertragsmäßige (gehörige) Erfüllung; in uneigentlicher Bedeutung wird der Ausdruck auch für die Erfüllung durch das Geben einer Summe Geldes, selbst für die Begründung einer Obligation durch Hingabe einer Geldsumme, wie z. E. bei dem

Darlehn, gebraucht[1]). Sie ist ein Rechtsgeschäft, nicht eine bloße Thatsache[2]). II. Sie erfordert; 1. Ueberlieferung Dessen, was der Inhalt der Obligation besagt. Wird mit Zustimmung[3]) des Gläubigers etwas Anderes geleistet, so ist es keine eigentliche Zahlung. Die Leistung muß in der Regel in unzertrennter Summe geschehen (§. 483), bei Geldobligationen in gehörigen Zahlmitteln (§§. 456—458), und in allen Fällen mit eigenen Mitteln, wenn der Gläubiger Eigenthümer des Gezahlten werden soll[4]); doch kann der Schuldner in vertretbaren Sachen auch mit fremden Sachen zahlen, wenn der Gläubiger davon nichts weiß[5]) und wenn die Zahlung nicht auf Freigebigkeit beruhet. Soweit der Gläubiger das in Zahlung Empfangene, wegen Eigenthumsmangels in der Person des Zahlers, wieder zurückgeben muß, bleibt die Obligation ungetilgt[6]). 2. Die Ueberlieferung muß in der Absicht zu zahlen (in solutum s. solvendi causa), d. h. um die Obligation zu tilgen, geschehen, sei es ohne oder mit Vorbehalt. Der Vorbehalt hat die Natur und die Wirkungen einer Resolutivbedingung und erfordert zu seiner Vollständigkeit die Angabe des zur Bedingung gesetzten Ereignisses (der Gründe)[7]), und zu seiner Gültigkeit die schriftliche Form, ohne Unterschied der Summe, wenn darüber eine schriftliche Quittung ertheilt worden ist[8]). 3. Die Person des Zahlenden muß bei nicht fungiblen Handlungen der Schuldner sein[9]); bei andern Zahlungen kann

---

1) I, 16, §. 28; I, 11, §§. 661, 740.

2) L. 33 D. de condict. indebiti (XII, 6). Vergl. u. §. 578.

3) Aliud pro alio invito creditore solvi non potest. I, 16, §. 11. — L. 27, 50 D. de solut. (XLVI, 3); L. 16 C. eod. (VIII, 43); L. 2, §. 1 D. de reb. cred. (XII. 1).

4) L. 27, 17, 94 pr. §. 1, 2 D. de solution. (XLVI, 3).

5) Wegen der Folgen der Redlichkeit, welche die Vindikation nur gegen Ersatz gestattet, wodurch bei Geldsummen Anspruch und Gegenleistung sich aufheben. I, 15, §§. 45—47.

6) I, 16, §§. 72, 73. — Vergl. die Stellen Note 4 u. L. 14, §. 8, L. 17, 78, 60 D. eod.

7) I, 16, §§. 160, 163. — L. 16 D. eod.

8) §§. 161, 162 a. a. O. Wie das in der Wirklichkeit ausgeführt werden soll, ist nicht zu sagen; es giebt kein anderes Mittel als gerichtliche Zahlung, auf Kosten des Zahlers, was eine große Beschwerde ist. Die Satzung paßt nicht; der Zahlende kann den Gläubiger nicht zwingen, in der Quittung den Vorbehalt zu bescheinigen. — Wo eine Rechtsregel Zahlung mit Vorbehalt vorschreibt, wie z. B. bei streitig gewordenen Grundzinsen (II, 7, §. 487), oder bei provisorisch vollstreckbaren Urtheilen, — da bedarf es dieser Form nicht; der Vorbehalt versteht sich hier von Rechts wegen. Vergl. Pr. 315, vom 11. August 1837.

9) I, 11, §§. 900, 928; I, 13, §§. 37, 41. — L. 31 D. eod.

auch ein Dritter, wider den Willen des Schuldners, mit Bewilligung des Gläubigers zahlen[10]). Zahlt er nicht in der Absicht, die Obligation zu tilgen, sondern um die Forderung an sich zu bringen (emendi causa): so wird der Schuldner nicht liberirt (§. 529). Diese Absicht wird vermuthet[11]). Ist das Gegentheil erklärt und aus Auftrag gezahlt, so hat der Zahler die actio mandati, ohne Mandat hat er die Rechte eines Geschäftsführers, wenn er nicht animo donandi gehandelt hat, was in der Regel nicht vermuthet wird[12]). — Forderungen aus Freigebigkeit (ex causa lucrativa) kann selbst der Zufall tilgen, dadurch, daß der Gläubiger den Gegenstand unentgeltlich entweder anderswoher geleistet oder zum zweiten Male zugesichert und nächstdem auf die eine oder die andere Obligation überliefert erhält (concursus duarum causarum lucrativarum)[13]). 4. Der Zahlende muß handlungsfähig sein (§. 112). Was ein Geschäftsunfähiger auf eine nicht klagbare eigene Schuld zahlt, kann in der Regel sein Vertreter, oder nach gehobener Unfähigkeit er selbst vindiziren und beziehlich condiziren[14]). Eine Ausnahme machen die Zahlungen großjähriger Kinder in väterlicher Gewalt[15]). Die Zahlungen auf Darlehnsschulden solcher Personen, welche nicht fähig sind, Darlehne aufzunehmen, sind aus andern Gründen ungültig, z. E. bei Offizieren deshalb, weil der Fiskus Gläubiger ist: diese Fälle gehören nicht hierher. 5. Der Zahlungsnehmer muß der Gläubi-

---

10) I, 16, §§. 43, 51. — L. 53, 23 D. eod. — L. 5, 17 C. eod. — L. 39 D. de negot. gest. (III, 5).

11) §. 46 a. a. O. S. über das jus subintrandi o. §. 502, über nothwendige (fingirte) Cessionen §. 529, und über die Unklarheit der Vorstellungen der Verfasser des A. L. R.: Recht der Ford. §. 154, Nr. II, 3.

12) I, 11, §§. 1040 flg.

13) I, 12, §§. 380, 323. — §. 6 J. de leg. (II, 20); L. 61 D. de solut. (XLVI, 3); L. 17 D. de oblig. (XLIV, 7); L. 108, §. 4 D. de leg. I; L. 21, §. 1 D. de leg. III. — Wilh. Sell, über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Zürich, 1839. Dazu die Recension in den kritischen Jahrb. von Richter und Schneider, Jahrg. 1840, S. 961 flg.

14) I, 16, §§. 40–42, 170; II, 12, §. 107. Auch das Interusurium einer zu früh gezahlten gültigen Schuld. I, 16, §. 171. — Ueber die ungenaue Fassung des §. 170 in zwiefacher Hinsicht s. Recht der Ford. §. 154, II, 3, Bd. II, S. 569.

15) II, 2, §. 138. Diese Anomalie gründet sich auf eine unpassende Anwendung des Röm. S. C. Macedon. S. Recht der Ford. a. a. O., u. §. 259, I, 1 a. E., Bd. III, S. 320.

ger oder dessen Rechtsnachfolger [16]) oder dessen Stellvertreter [17]), und geschäftsfähig sein [18]); die an einen Unfähigen geleistete Zahlung wird ope exceptionis (§. 575) in soweit gültig, als derselbe im Besitze des Geleisteten bleibt (als er reicher ist) [19]), oder als die Unfähigkeit auf Willenserklärung beruhet und der Zahlende davon nichts gewußt hat [20]). An einen Dritten kann, außer dem Falle der Bevollmächtigung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag, in Folge welcher letztern die Zahlung gleichfalls ope exceptionis gültig ist, gezahlt werden, wenn er solutionis causa adjectus (§. 570).

§. 577.

2. Wirkung.

I. Gültige Zahlung tilgt die Obligation ipso jure [21]): eine exceptio solutionis giebt es nicht. II. Bestehen mehrere Obligationen zwischen denselben Parteien, oder werden Theilzahlungen geleistet, so gelten hinsichtlich der Anrechnung, abweichend vom R. R. [22]), folgende Regeln [23]): 1. Als Uebereinkunft gilt die Bestimmung des Zahlers, wenn nicht der Zahlungsnehmer binnen der Frist, in welcher man sich über einen Antrag zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts erklären muß [24]), widerspricht; und, wenn die Bestimmung des Zahlers fehlt, nach der Bestimmung des Zahlungsnehmers, wenn nicht der Zahler in derselben Frist nach Empfang der Quittung widerspricht. 2. Fehlt die Uebereinkunft, so wird die Zahlung a) auf die am längsten fällige und einge-

---

16) Durch Uebertragung der Rechte des Gläubigers auf einen Dritten kann die Schuld nicht lästiger werden. I, 16, §§. 34, 35. — Schles. Archiv I, S. 457 ff.

17) §. 37 a. a. O. — L. 25, 27 C. de administrat. tut. (V, 37).

18) §§. 30, 36, 38 a. a. O. — L. 15 D. de solution. (XLVI, 3).

19) I, 13, §. 274. — L. 47 pr. D. eod.

20) I, 16, §. 39; I, 4, §§. 15 ff.

21) §. 149 a. a. O. — Pr. J. quibus mod. obl. (III, 29 [30]).

22) Das hat den Grundsatz, daß der Schuldner durch die ohne Bestimmung geleistete Zahlung seinen Gläubiger zu seinem Geschäftsführer bestellt habe, daher die Anrechnung, soviel ohne Schaden des Gläubigers möglich, zu seinem Vortheil geschehen muß. L. 1—8, 48, 94, §. 3; L. 97, 103 D. de solut. (XLVI, 3); L. 1 C. eod. (VIII, 43).

23) I, 16, §§. 150—152, 155—159. Ein durchgehendes Prinzip mangelt.

24) Später kann eine andere Verrechnung nicht mehr durchgesetzt werden. Pr. 883, vom 7. März 1840.

forderte Post; b) wenn alle gleich lange fällig und eingefordert sind, auf die nach ihren Eigenschaften am wenigsten sichere Post; c) wenn alle von gleichen Eigenschaften, auf die dem Schuldner hinsichtlich des Zinssatzes lästigste Post; d) wenn auch dieses nicht entscheidet, auf die am längsten verfallene Post; e) wenn die Posten gleich lange fällig, auf Alle verhältnißmäßig angerechnet. f) Ist nur eine Schuld vorhanden, so wird die Abschlagszahlung zuerst auf die Accessorien und zwar zunächst auf die Kosten, dann auf die noch nicht verjährten[25]), bis zum Tage der Zahlung aufzurechnenden vorbedungenen oder Verzugszinsen[26]), und der Ueberrest auf das Kapital gerechnet.

§. 578.

3. Beweis.

I. Die Zahlung als ein Real-Rechtsgeschäft bedarf keiner Form und kann durch die gewöhnlichen Beweismittel ohne Ausnahme bewiesen werden. Das Hauptbeweismittel jedoch ist die Quittung, d. i. ein schriftliches oder gerichtliches Bekenntniß der empfangenen Zahlung. Sie ist eine Willenserklärung, also eine Rechtshandlung, wodurch ausgedrückt wird, daß eine Schuld durch Zahlung, d. h. durch Erfüllung der Verbindlichkeit, getilgt worden[1]). Soll sie vollständig beweisen, so muß sie enthalten: 1. die Bezeichnung der getilgten Schuld; 2. die Benennung des gewesenen Schuldners; 3. Angabe von Zeit und Ort der Zahlung; 4. Unterschrift des legitimirten Zahlungsnehmers. Wird die Quittung auf die Schuldurkunde gesetzt, so können die daraus hervorgehenden Bestimmungen wegbleiben; was aber von jenen Umständen aus den Schriftstücken nicht hervorgeht, muß auf andere Art bewiesen werden. Schreibunfähige haben die Quittung in Gegen-

---

25) Pr. des Ober-Trib. 1103, vom 28. Januar 1842.

26) §§. 153, 154 a. a. O. — Das Ober-Trib. hatte erkannt, daß die Verzugszinsen ganz zuletzt folgen müßten. Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 287. Die Gründe zur Widerlegung dieser Meinung und zum Beweise der Richtigkeit des hier gegebenen Rechtssatzes s. Recht der Ford. §. 155. Später hat das Plenum des Ober-Trib. denselben durch den Plenarbeschluß vom 19. Septbr. 1842 für richtig erkannt, die Gründe sind aber nicht tief genug, nicht aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses, soweit das R. R. zu Hülfe genommen ist, geschöpft. Entscheid. Bd. VIII, S. 19 ff.

1) Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib. am 12. Dezbr. 1848 in Sachen Pfannenschmidt c. Pfannenschmidt, 663/1849, III, 48.

wart von zwei Zeugen, über Summen bis 50 Thlr. einschließlich im Beisein nur Eines Zeugen, zu unterzeichnen, und die Zeugen haben zu bescheinigen, wer die Zeichen in ihrer Gegenwart beigefügt habe [1a]). Den Quittungen gleichgeachtet sind die auf der Schuldurkunde stehenden, selbst wieder durchstrichenen Zahlungsvermerke, sie mögen von der Hand des Gläubigers oder des Schuldners gemacht sein, doch nur unter der Voraussetzung, daß die Urkunde bis zur Edition in der Hand des Gläubigers geblieben ist [2]). II. Die Quittung ist sogleich [3]) beweiskräftig, gegen den Aussteller vollständig, gegen Dritte, namentlich gegen die Gläubiger des Ausstellers, nur als ein unbeeidigtes Zeugniß [4]). Gegenbeweis ist in den ersten drei Monaten unbedingt zulässig und ein Gegenrevers hindert von Anfang die Beweiskraft; aber nach Verlauf dieser Zeit soll, wenn der Gläubiger bis dahin weder geklagt noch die Quittung zurückverlangt hat, bei unvollständig geführtem Gegenbeweise eher auf einen Reinigungs- als auf einen Erfüllungseid erkannt werden, ohne daß dem Richter die Befugniß genommen ist, nach Befinden, dennoch auf den Erfüllungseid zu erkennen [5]); auch ist die Eideszuschiebung an die Erben des Schuldners über nicht geleistete Zahlung nicht statthaft [6]). Das schriftliche Bekenntniß über Aufhebung der Verbindlichkeit auf andere Art als durch Zahlung wird, wenn der Aufhebungsgrund nicht genannt ist und auch nicht bewiesen werden kann, nach den Grundsätzen vom Erlasse beurtheilt [7]). Dabei ist vorausgesetzt, es erhelle aus der Schrift bloß, daß nicht durch Zahlung, sondern auf eine andere n i c h t g e n a n n t e Art die Obligation aufgelöst worden. Denn ist der Modus genannt, so bedarf es keiner weitern Ausmittelung; das schriftliche Bekenntniß

1a) I, 16, §§. 87—90, 93—95. Der Zeugeneid ist hier zur Beweiskräftigkeit nicht erforderlich, wenn nur die Echtheit festgestellt ist, wozu die bloße Rekognition der Zeugen genügt.

2) §§. 110—112 a. a. O.

3) Also sehr abweichend von der Bestimmung der L. 14, §. 2 C. de non numerata pec., wonach sie in den ersten 30 Tagen gar nicht, nachher mehr als vollständig beweist.

4) II, 1, §. 260. — **Wernher**, Obs. P. X, obs. 252; **Berger**, Oec. juris, L. IV, Tit. 31, Nota 9 u. v. A.

5) Schles. Archiv, Bd. V, S. 475 flg.

6) I, 16, §§. 104—108. Diese Vorschriften enthalten Rechtsgrundsätze und nicht das Beweisverfahren betreffende Prozeßvorschriften. Pr. 1034, v. 21. Aug. 1841. Dieses bezieht sich zwar nur auf §. 106, doch nur deshalb, weil der zu entscheidende Fall gerade der des §. 106 war.

7) Ebend. §. 113, 114.

ist dann schon ein vollständiger Beweis und ersetzt zugleich die etwa erforderliche schriftliche Form des Geschäfts, wenn die wesentlichen Erfordernisse desselben daraus zu entnehmen sind. Davon durchaus verschieden ist der Fall, wenn die Quittung auf baare Zahlung lautet, eine Zahlung aber nicht stattgefunden hat, im Gegentheil ein ganz anderes Rechtsgeschäft zum Behuf der Aufhebung der Verbindlichkeit, z. B. Remission gegen Entgelt, zu Stande gekommen ist: hier ist die Quittung über Zahlung simulirt und das wahre Rechtsgeschäft ist mündlich kontrahirt. Dann kommt es darauf an, in wiefern die mündliche Form genügt. — S. g. Generalquittungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr schließen alle nicht vorbehaltene Nachforderungen aus, wenn auch die Nachforderungen noch unbekannt oder nicht fällig gewesen; in nichtkaufmännischen Geschäften, wenngleich unter Kaufleuten, sind dergleichen unbekannte oder noch nicht fällige Forderungen stillschweigend vorbehalten; wird auf solche ausdrücklich verzichtet, so ist das Geschäft Vergleich oder Entsagung[8]). III. Der Gläubiger ist schuldig, gegen Empfang der Zahlung eine gehörige[9]) Quittung, Zug um Zug, zu geben, woraus von selbst folgt, daß er die damit verbundenen Kosten zu tragen hat[10]). Eine Ausnahme gilt bei Hypothekenforderungen[11]). IV. Hat der Schuldner keine Quittung, so kommen ihm folgende Vermuthungen zu statten: 1. Zurückgabe des Schuldscheins Seitens des Gläubigers an den Schuldner begründet die Vermuthung für die Tilgung der Schuld; sie kann nur durch den Beweis einer andern Ursache der Rückgabe entkräftet werden. Ist nicht zu erweisen: wie der Schuldner zum Besitze des Instruments gekommen, so wirkt der bloße Besitz doch eine Art von angefangenem, unvollständigem Beweise, der, je nachdem er vorgeschritten, durch einen nothwendigen Eid ergänzt

---

8) §§. 116—123 a. a. O. — Vergl. Leyser, Med. sp. 530, m. 3.

9) Eine Ausnahme gilt bei der Zahlung von Zinsen und fortlaufenden Leistungen, wenn bisher eine gewisse, obschon fehlerhafte Form von Quittungen üblich gewesen und der Gläubiger am Orte des Schuldners sich nicht befindet: dann soll gegen die bisher üblich gewesene Form (Quittungsbuch) gezahlt und eine vorschriftsmäßige Quittung nachgefordert werden. §§. 91, 92. — Leyser, l. c. m. 1 und sp. 175, m. 2.

10) Anwendungen sind II, 18, §. 898; Stempelgesetz vom 7. März 1822, §. 22. — Wird zweifelhaft gefunden. S. jedoch Recht der Forderungen, §. 156, Nr. III.

11) Anh. z. A. L. R. §. 54 (zu I, 20, §. 532).

oder gehoben werden muß[12]). Auch darüber ist von Alters her gestritten worden: welche Folgen es habe, wenn über dieselbe Schuld zwei oder mehrere Schuldscheine ausgestellt worden sind und der Gläubiger Einen davon dem Schuldner zurückgegeben hat. Da jedoch die Nebenexemplare entbehrlich werden können, so ist die Zurückgabe der überflüssigen Schriftstücke ganz unerheblich[13]). — Der Gläubiger ist auch schuldig, außer der Quittung das Instrument zurückzugeben, oder, wenn er es verloren haben will, zu mortifiziren[14]); sonst ist der Schuldner berechtigt aber nicht verpflichtet zu deponiren, vielmehr kann er bis zur Kautionsbestellung Zahlung verweigern, wenn die Deposition, etwa wegen der Kosten, ihm nicht vollständige Sicherheit gewährt[15]). 2. Findet das Instrument sich zerrissen, zerschnitten, durchstrichen oder sonst kassirt, wenngleich im Besitze oder Nachlasse des Gläubigers, so begründet dieser Zustand die Vermuthung irgend einer Aufhebung der Schuld, welche Vermuthung nur durch den von dem Gläubiger zu führenden Beweis, daß dieser Zustand ohne seinen Willen entstanden, gehoben wird[16]). Ist die Absicht, in welcher die Vernichtung unternommen worden, zu erweisen, so hängt die Erlöschung der Obligation von der Gültigkeit der Willenserklärung ab. 3. Bei terminlichen Zahlungen und Leistungen entsteht daraus, daß die beiden letzten Termine, sei es durch Zahlung, Kompensation oder Erlaß, ohne Vorbehalt und zu verschiedenen Zeiten berichtigt worden, die Vermuthung, daß auch die ältern Termine berichtigt sind[17]). Nach dem Wortlaute „terminliche Zahlungen“

---

12) I, 16, §§. 97—100. War gemeinrechtlich streitig.

13) Nach der Meinung Einiger (z. E. Bart., Bald., Castr. Jason in L. 2 D. de pactis [II, 14]), soll schon in der Zurückgabe Eines Exemplars eine stillschweigende Remission liegen; die Gründe (am vollständigsten zusammengestellt von Bachov. ad tit. D. de pact. c. de sec. div. pact. n. 7) sind jedoch nicht zutreffend und von den Gegnern gut widerlegt, am Besten von Vinnius in sel. jur. quaest. L. I, c. 7. Nach den Grundsätzen des Preuß. R. ist eine Remission schon wegen der mangelnden Form unannehmbar.

14) I, 16, §§. 126—132; Wechsel-Ordn. Art. 73. — V. vom 9. Dezbr. 1809, §. 3, wodurch der Widerspruch zwischen I, 16, §§. 125, 126 u. I, 20, §. 282 gehoben ist. Auf Hypothekenforderungen bezieht sich diese Verordnung gar nicht. Entsch. des Ober-Trib. Bd. VI, S. 343. S. das Nähere: Recht der Forderungen, §. 156, IV, 1.

15) I, 16, §. 131; Allg. Wechsel-Ordn. Art. 73. I, 11, §§. 413—417.

16) I, 16, §§. 102, 103. — L. 24 D. de probat. (XXII, 3). War streitig. Ist das Instrument ganz vernichtet (verbrannt u. s. w.), so gilt die Vermuthung umsomehr. Noodt, ad edict. Praet. de pactis, c. 2 (Op. I, p. 486, col. 2).

17) §§. 133—136 a. a. O. — I, 11, §. 842. — S. o. §. 462. Vergl.

bezieht der Satz sich nicht bloß auf fortlaufende, wiederkehrende Leistungen, sondern überhaupt auf Schulden, welche in bestimmten Terminen abgetragen werden sollen[18]). Der Umstand, daß die Quittungen in Ansehung der Summe nicht mit Dem, was eigentlich hätte geleistet werden müssen, übereinstimmen, hindert die Entstehung der Vermuthung nicht[19]). Aus der Berichtigung mehrerer, nicht hintereinanderfolgender Termine folgt nur eine Anzeige, auf Grund welcher auf einen nothwendigen Eid für oder wider den Produzenten, nach Befinden, erkannt werden soll[20]). 4. Eine Quittung, worin allgemein bis zu einem gewissen Termine, obgleich nur unter Angabe der Summe für den letzten Termin, quittirt ist, begründet die Vermuthung, daß alle bis dahin fällig gewesenen Termine berichtigt worden[21]). 5. Quittungen über fortlaufende Leistungen begründen, wenn sie durch drei Jahre über eine gleichmäßig von der ursprünglichen Bestimmung abweichende, ohne Vorbehalt angenommene Zahlung lauten, die Vermuthung für eine vergleichsweise Verminderung[22]) der Schuld, welche Vermuthung nicht durch Eidesdelation über die Behauptung, daß kein Vergleich geschlossen worden, widerlegt werden kann[23]). 6. Wenn Kaufleute, Apotheker, Handwerker u. dgl. Gewerbsleute mit ihren Kunden in einem solchen Verhältnisse stehen, daß sie sich jährlich in gewissen Terminen berechnen und auseinandersetzen und über eine solche Rechnung ohne Vorbehalt quittiren, so enthält diese Erklärung eine Anerkennung der gänzlichen Auseinandersetzung wegen aller frühern Termine bis auf den letzten[24]).

L. 3 C. de apochis publ. (X, 22). — Der Rechtssatz hat sich durch die Doktrin entwickelt und war sehr bestritten. Recht der Ford. §. 156, IV, 3.

18) Danach geht die Generalisirung der sehr speziellen L. 3 C. all. noch weiter als die Civilisten wollten. **Pufendorf**, Obs. I, obs. 173, §. 2.

19) §. 135 a. a. O., übereinstimmend mit **Leyser**, Spec. 530, m. 11, 12. Der Rest kann erlassen sein; das Wesentliche ist die unbedingte Quittirung des Termins ohne Vorbehalt.

20) §§. 137, 138 a. a. O., nach **Leyser**, l. c., m. 15, 16.

21) §. 139 a. a. O. Die Generalquittungen (Nr. II) unterscheiden sich hiervon wie ein Rechtsgeschäft vom Beweismittel.

22) Nicht aber für eine Vergrößerung derselben. Pr. 1123, v. 29. April 1842.

23) §§. 143—145 das. — Pr. 1006, vom 23. April 1841. — Pr. 1538, vom 8. Januar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 376).

24) §§. 147, 148 a. a. O. Damit verhält es sich in rechtlicher Hinsicht wie mit einer Generalquittung.

II. Anbietung und Niederlegung (Deposition).

A. L. R. I, 16, §§. 213—234. — Zimmern, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. III, Nr. 3. — Thibaut, ebend. Bd. V, S. 332.

§. 579.

1. Gründe und Erfordernisse der Deposition.

I. Die Deposition ist entweder eine ordentliche (solennis s. ordinaria), oder eine außerordentliche (minus solennis s. extraordinaria). Die ordentliche Deposition ist diejenige, welche geschieht, wenn der Gläubiger die reell angebotene Zahlung aus einem unerheblichen oder doch zweifelhaften Grunde nicht annehmen will [1]). Ueber die Richtigkeit des Depositionsgrundes, und über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des Weigerungsgrundes wird nach erfolgter Deposition, zu welcher der Gläubiger monitorisch vorzuladen ist [2]), verfahren und erkannt [3]). II. Außerordentliche Deposition ist eine solche, welche ohne ein oder anderes Erforderniß, gewöhnlich ohne vorherige Anerbietung, geschieht, und um deswillen zugelassen wird, weil es nicht an dem Schuldner liegt, daß er dem Gläubiger die Zahlung nicht gehörig oder sicher anbieten kann [4]). Man rechnet dahin: 1. Wenn in dem Rechte des Gläubigers irgend ein Mangel (Legitimationsmangel) ist, z. E. wenn das Instrument fehlt und nicht sogleich mortifizirt werden kann [5]); wenn die Forderung unter einer noch nicht eingetretenen Bedingung cedirt [6]), oder wenn der wahre Rechtsnachfolger des Gläubigers ungewiß oder streitig ist [7]); oder wenn das Eigenthum der zum Darlehn

---

1) §§. 218—220, 232. — L. 9 C. de solut. (VIII, 43); L. 21 D. de reb. cred. (XII, 1). — Kind, Quaest. for. II. cap. 44.

2) Depos. Ordn. II, §§. 54, 55. Dadurch wurde der Streit der Civilisten über die Nothwendigkeit der Vorladung des Gläubigers ad videndum deponi erledigt.

3) I, 16, §§. 221, 223—225.

4) Ebend. §. 215. — Vergl. Kind, l. c. p. 253; Mevius, Decis. VI, dec. 118.

5) §§. 216, 131 a. a. O. — A. D. Wechsel-Ordn. Art. 40.

6) I, 11, §§. 418, 419.

7) I, 7, §. 168; A. G. O. I, 7, §. 48 lit. c. und I, 29, §. 81. — L. 1, §. 37 D. depositi (XVI, 3).

gegebenen Gegenstände zwischen dem Geber und einem Dritten streitig geworden[8]); oder wenn die Erben des verstorbenen Gläubigers unbekannt oder nicht gehörig legitimirt sind[9]); oder wenn der Schuldner selbst auf den Gegenstand der Forderung Anspruch macht[10]). In diesen Fällen wird ebenso wie bei der ordentlichen Deposition verfahren. 2. Wenn der Gläubiger oder dessen Stellvertreter zur Zeit der Zahlung am Zahlungsorte nicht angetroffen wird[11]). Wird solches von dem Schuldner „beharrlich"[12]) versichert, so muß der Richter, an welchen sich der Schuldner mit seinem Gesuche zu wenden hat, dasselbe mit Vorbehalt der Rechte des Gläubigers zulassen[13]). Sobald der Aufenthalt des Gläubigers bekannt geworden, muß Dieser über den Depositionsgrund rechtlich gehört werden; nur die exceptio doli ist dagegen zulässig, und bewirkt, daß der Schuldner Gefahr und Kosten trägt. II. Eine gültige Deposition erfordert: 1. einen rechtlichen Grund, 2. Kompetenz des Richters. Kompetent ist nur der gewöhnliche Richter desjenigen Orts (Punkts), wo die Handlung angeboten und gefordert werden kann, wenn auch der Gläubiger einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen ist[14]). 3. Die Niederlegung an dem Orte, welchen der Richter bestimmt. Für Gelder, Urkunden, Kostbarkeiten und andere sich zur Aufnahme eignende bewegliche Sachen sind gesetzlich die gerichtlichen Deposital-Anstalten bestimmt[15]); für andere Sachen hat der Richter einen andern Ort, unter Anstellung eines Aufsehers und Pflegers, zu bestimmen, wobei er für ein mäßiges Versehen in der Auswahl haftet[16]). Nur bei

---

8) I, 11, §. 670. Der richtige Gläubiger ist der Eigenthümer.

9) I, 17, §§. 154—156.

10) Beispiele: I, 20, §. 126; I, 11, §. 222; A. G. O. I, 14, §. 7 verb. mit I, 27, §. 51 und V. vom 14. Dezember 1833, §. 10; I, 16, §§. 226, 360 und II, 8, §§. 924, 1249.

11) I, 16, §. 216; I, 13, §. 136. Beispiele: II, 4, §§. 112, 131; Allg. Wechsel-Ordn. §. 40.

12) Was darunter praktisch zu denken, ist nicht zu sagen.

13) I, 16, §. 217. Die Deposition ist eine bedingte. Vergl. Note 8 zu §. 576.

14) §. 214 a. a. O.; I, 17, §. 157.

15) I, 14, §§. 96, 97. — Ueber die Vertretungsverbindlichkeit der Gerichtsherren s. Schles. Arch. Bd. II, S. 448 ff. — Vergl. Rivinus, Enunc. jur., Tit. 45, en. 18; Hommel, Rhaps., obs. 353. — Odebrecht, Versuch einer geschichtlichen Entwickelung der Brandenburg-Preußischen Depositalgesetzgebung, als Einleitung zu dem jetzt bestehenden Depositalrechte; in der Jur. Wochenschr. 1840, S. 829 ff.

16) I, 14, §§. 98—100. Der Richter muß hier als Vertreter einer Privatpartei kontrahiren. Beispiele solcher Sequestratoren: §§. 103, 104, 107.

verderblichen Sachen sollen die Parteien „wegen der damit zu treffenden Anstalten vernommen" werden, und erst wenn sie keine Vorschläge machen, oder sich nicht einigen, tritt der Richter wieder als Geschäftsführer auf[17]).

§. 580.

2. Wirkung.

I. Rechtmäßige und gehörige Deposition tilgt die Obligation ipso jure, wie Zahlung. Folge davon ist, daß alle accessorischen Rechte erloschen sind[18]), und daß die einmal getilgte Obligation nicht wieder aufleben kann[19]), wenn auch der Depositarius das Depositum an den Deponenten (Schuldner) wieder herausgiebt: in diesem Falle ist der Empfänger Verwahrer einer fremden Sache. II. Die Deposition enthält eine Geschäftsführung Seitens des Schuldners für den Gläubiger; der Gläubiger als Geschäftsherr erwirbt dadurch unmittelbar die Rechtsmittel aus dem Geschäfte, der Deponent (Schuldner) kann mithin nicht für sich davon Gebrauch machen, also nicht das Depositum für sich zurückfordern[20]), wohlverstanden wenn die Deposition gültig ist: außerdem würde das Geschäft den Gläubiger nichts angehen. III. Die Kosten der rechtmäßigen Deposition muß der Gläubiger in soweit, als sie die von dem Schuldner zu tragenden Kosten der ordentlichen Zahlung übersteigen, erstatten[21]).

---

17) Er kann nach Umständen die Sachen verkaufen, wenn zwei Sachverständige dafür stimmen. §§. 101, 102, 106 das.

18) I, 16, §§. 213, 228. — L. 9 C. de solut. (VIII, 43; L. 9, 19 C. de usuris (IV, 32); L. 3 C. de luit. pign. (VIII, 31). — Der §. 229 a. a. O. paßt nicht auf die ordentliche Deposition und kann sich nur auf die außerordentliche beziehen, wo keine mora accipiendi durch Anbietung entsteht; sonst hindert Diese schon die nachtheiligen Folgen des Verzugs. — Hypotheken müssen auf Grund der für rechtmäßig erkannten Deposition, auch ohne Vorlegung des Instruments, auf den Antrag des Schuldners gelöscht werden, sonst hilft ihm dieses Mittel nicht.

19) L. 98, §. 8 D. de solution. (XLVI, 3).

20) Darüber ist großer Zweifel, wiewohl ohne erheblichen Grund. Recht der Ford. §. 159.

21) I, 16, §§. 230; I, 17, §. 158; I, 11, §. 419.

§. 581.

III. Angabe an Zahlungsstatt.

I, 16, §§. 235—250. — Rubo, über die Angabe an Zahlungsstatt, nach dem Allgemeinen Landrechte für die Preuß. Staaten; in den Jahrb. Bd. XXII, S. 3 ff. — Weidner, Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt. Jena 1799. — Grolmann, Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung, Bd. IV, Nr. XI.

I. Angabe an Zahlungsstatt ist Veräußerung einer Sache oder eines Rechts, Seitens des Schuldners oder eines Dritten, an den Gläubiger mit der Bestimmung, daß der Gläubiger den ausbedungenen Preis mit seiner Forderung, soweit sie reicht, kompensiren und dadurch der Schuldner befreiet sein soll. Sie beruhet auf freier Willkühr beider Theile[1]) und richtet sich nach den Regeln des Kaufs[2]), auch wenn der Gegenstand ein Forderungsrecht ist[3]); sind aber Handlungen der Gegenstand, so treten die Grundsätze der Miethe (Dienstmiethe, oder Verdung) ein. Zur Eingehung des Rechtsgeschäfts ist ausdrücklich erklärte Willensmeinung erforderlich; daraus, daß der Anbietende die Sache mit Beifügung einer Preisbestimmung zuschickt und der Gläubiger sie eine Zeit behält, wird nicht gefolgert, daß der Gläubiger sie dafür angenommen habe[4]). II. Die Eingehung dieses Rechtsgeschäfts enthält keine Art von Novation, vielmehr entsteht dadurch eine besondere Obligation, durch deren Erfüllung von Seiten des Veräußerers die bisherige Obligation, wie durch Kompensation, ipso jure getilgt wird. Soweit der Gläubiger die in Zahlung empfangene Sache wegen mangelhaften Rechts des Gebers wieder verliert, sollte eigentlich, wie bei der Zahlung in solchem Falle (§. 576 Note 6), die Obligation unverändert sein. In dieser Beziehung

---

1) I, 16, §§. 11, 235—237. Anders nach Nov. IV, c. 3; Auth. hoc nisi C. de solut. (VIII, 43), und Jüngst. R. A. §. 172. Nicht so nach älterm R. R. L. 2, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 16, 17 C. de solut.; Pr. J. quib. mod. toll. (III, 30).

2) §§. 242, 245 a. a. O. — L. 44 C. de evict. (VIII, 45); L. 24 pr. D. de pign. act. (XIII, 7).

3) Die Cession ist nur die Handlung der Uebertragung. S. o. §. 525 und 533, I.

4) §§. 236—241 a. a. O. Wenn der Gläubiger klagt, so lange er die Sache noch hat, so steht dem Schuldner die exceptio si non reddas rem quam accepisti zu. §. 237, Worte „gegen Rückgabe," womit dem Gläubiger nicht ein Retentionsrecht gegeben werden soll. §. 240. — L. 50 D. de solut. (XLVI, 3).

finden sich jedoch besondere Bestimmungen. Der Gläubiger soll nämlich, wenn binnen einem Jahre nach der Uebergabe ein Dritter auf Herausgabe der Sache klagt, vor dem Schlusse des Verfahrens in erster Instanz befugt sein, die Annahme an Zahlungsstatt zu widerrufen und die Ausführung des Rechtsstreits dem Geber zu überlassen, in welchem Falle die Obligation mit ihren accessorischen Rechten wieder hergestellt ist [5]). Thut der Gläubiger das nicht oder wird die Klage des Dritten erst nach Jahresfrist angebracht, so hat der Gläubiger nur die Forderung auf Gewährleistung [6]). III. Kommt die Angabe an Zahlungsstatt nicht zu Stande, so haftet der Gläubiger bei der Aufbewahrung der ihm zugestellten Sache innerhalb der ihm zur Erklärung ausdrücklich oder gesetzlich gestatteten Frist nur für ein grobes, nachher auch für ein mäßiges Versehen [7]).

IV. Kompensation.

I, 16, §§. 300—377. — Die Pr. Rechtsliteratur hat über diese von den gemeinrechtlichen Civilisten sehr fleißig behandelte Materie keine bemerkenswerthe Schrift. Aus der reichhaltigen Literatur des G. R. ist vorzüglich zu berücksichtigen: Hasse, über die Kompensation und ihre Liquidität; im Archiv für civil. Praxis, Bd. VII, S. 145 flg. — Bethmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Kompensation; im Rheinischen Museum, Bd. I, S. 257 flg. — Krug, die Lehre von der Kompensation, Leipzig 1833. Dazu: Fuhr, Recens., in Schunk's Jahrbüchern der jurist. Literatur, Bd. XXVI, S. 109 ff. und 217 flg.

§. 582.

1. Begriff und Bedingungen.

I. Kompensation heißt die willkührliche Handlung des Schuldners, wodurch er seine eigene Forderung an seinen Gläubiger ihm anrechnet [1]). Sie wird bewerkstelligt durch die Willens-

---

5) §§. 243, 248 a. a. O. Der Bürge muß mit dem Schuldner gleichzeitig von dem Widerruf in Kenntniß gesetzt werden. §. 249.

6) §§. 242, 245, 250. S. oben §. 533, Note 2.

7) §§. 238, 241 a. a. O. Die Kosten der Rückgabe muß der Schuldner erstatten.

1) I, 16, §. 300. Das Nähere und Geschichtliche s. Recht der Forderungen, §§. 162, 163. — Das Min. Reskr. vom 3. Aug. 1840 ist dieser Begriffsbestimmung beigetreten. (Min. Bl. II, S. 290.)

erklärung des Schuldners. Die Einwilligung des Gläubigers ist nicht nothwendig, wenn sein Widerspruch unbegründet ist, worüber der Richter zu befinden hat. II. Die Kompensation ist in der Regel gegen jeden Gläubiger gestattet. Eine Ausnahme macht der Fiskus, gegen welchen sie nur unter der Voraussetzung zulässig ist, daß Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäfte entspringen und die Gegenforderung aus derselben Kasse, an welche die Forderung zu entrichten, zu zahlen ist[2]). Diese Voraussetzung ist jedoch nicht umgekehrt Bedingung der Kompensation des Fiskus gegen seine Gläubiger[3]). Stadtgemeinden und andere Korperationen haben dieses Privilegium nicht, wenngleich ihre Kassenverwaltung getheilt ist[4]). III. Nur mit eigenen Forderungen kann kompensirt werden, nicht mit der Forderung eines Dritten, selbst wenn er einwilligte[5]). Personeneinheit aber zwischen dem Schuldner und dem Dritten, überhaupt oder in Beziehung auf die einzelne Forderung, begründet die Kompensation. Eine solche Einheit bewirkt: 1. die allgemeine Gütergemeinschaft[6]); 2. die Ehe hinsichtlich derjenigen eingebrachten Forderungen der Frau, welche der Mann vermöge seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts einziehen darf[7]). 3. Die Universalsuccession. Ist der Erbe jedoch Benefizialerbe, so soll der Erbschaftsgläubiger auf eine eigene Forderung des Erben an ihn nur gegen Sicherheitsbestellung auf den Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses kompensiren dürfen[8]). Auf Forderungen, welche aus der Verwaltung

---

2) §§. 368, 369 a. a. O. Vergl. L. 1, 3, 7 C. de compensat. (IV, 31); L. 46, §. 5 D. de jure fisci (XLIX, 14).

3) Man ist darüber nicht einverstanden. Pr. 1150, vom 28. Mai 1842 u. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 141. — Fuhr gegen Krug, in Schunk a. a. O. S. 228. Es kommt Alles auf die Landesverfassung an. In Preußen kann es vermöge des Centralisationssystems nur Einen Fiskus geben; die einzelnen Herzogthümer zc. führen leere Namen und sind nichts weiter als Departements der Berliner Regierung.

4) §. 335 a. a. O. Ist nach G. R. streitig.

5) §. 302 a. a. O. — L. 16 pr., L. 18, §. 1 D. de compens. (XVI, 2), L. 9 C. eod. (IV, 31); L. 14 C. de solut. (VIII, 43). Anwendungen sind: §§. 305—307 a. a. O. u. L. 10 D. de duobus reis (XLV, 2); §. 304 a. a. O.; der Fall des §. 303 sollte gleichfalls dieser Anwendung unterliegen, wird jedoch folgewidrig behandelt (s. oben §. 517); §§. 332—334 a. a. O. und L. 23 D. de compens. (XVI, 2), L. 36 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7); §§. 330, 331 das. Ein Erbschaftsgläubiger kann das Kaufgeld für die vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses erkauften Nachlaß-Grundstücke mit seinen Forderungen an den Erblasser kompensiren. Pr. 397, vom 25. November 1837. S. unten Note 9.

6) §§. 340, 341 a. a. O. — Vergl. Voet, Commentar. XVI, 2, §. 10.

7) §. 341 a. a. O. — II, 1, §§. 233, 336—339.

8) §. 312 d. T. — L. 5, §. 19 D. de tributoria act. (XIV, 4).

des Benefizialerben vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses entstanden sind, können die Schuldner mit ihren Forderungen an die Erbschaft kompensiren[9]. Bei Miterben findet sich die Anomalie, daß, obgleich die Erbschaft gemeinschaftlich und nomina nicht ipso jure divisa sind, die Erbschaftsschuldner dennoch auf das, was sie der ungetheilten Erbschaft schuldig sind, ihre Forderungen an einen Miterben nach Verhältniß des Erbtheils ihres Schuldners anrechnen können (§. 523). 4. Der Konkurs (§. 509, Note 10). 5. Cessionen und Anweisungen (§. 532, III und §. 537, II). 6. Die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, weil dieser in die Schuld des Hauptschuldners eintritt und deshalb die demselben zustehende exceptio doli gebrauchen kann, wenn der Gläubiger nicht Dasjenige in Abrechnung bringt, was er zu seiner Deckung von dem Hauptschuldner in Händen hat[10]. IV. Die Forderung, welche angerechnet werden soll, muß sein: 1. gültig und klagbar[11]; präkludirte Forderungen (§. 215) und Forderungen, welche zur Zeit der Entstehung der Gegenforderung schon verjährt waren, sind ganz untauglich zur Kompensation (§. 151); 2. generisch gleichartig[12], wobei auf Verschiedenheit des Entstehungsgrundes nicht gesehen wird[13], auch nicht darauf, daß der Gegenstand Handlungen sind, indem fungible Handlungen, wobei auf die Persönlichkeit nichts ankommt, allerdings kompensabel[14]; 3. fällig[15]; das tempus judicati, Stundung und Moratorium heben die Fälligkeit nicht auf (§. 486); 4. liquide[16], was sich jedoch nur auf Forderungen aus andern Rechtsgeschäften (ex causis disparibus) bezieht; denn ist der Einwand in demselben Geschäfte begründet, so ist die Klage selbst illiquide und der Einwand muß in dem nämlichen Verfahren er-

---

9) Recht der Ford. §. 164, II, 6, lit. c. gegen die Abh. in Mathis Bd. VI, Nr. 8 u. 9. — Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 64. S. das Pr. 397 o. Note 5.

10) §§. 328 a. a. O. — L. 4, 5 D. de compens. (XVI, 2).

11) §. 342 a. a. O. — Einleitung §. 86. Anders nach R. R. wegen der Naturobligationen. L. 6 D. de compens. (XVI, 2); L. 14 C. eod. (IV, 31).

12) I, 16, §§. 343, 344, 345. — L. 18 pr. D. de pignor. act. (XIII, 7); L. 13, §. 2 D. de pignor. (XX. 1).

13) §. 346 a. a. O. — L. 5 C. de compens. (IV, 31).

14) §§. 345, 371 a. a. O. Ist nach G. R. streitig. Wegen unerlaubter Handlungen s. Recht der Ford. §. 165, Nr. 2.

15) §§. 343, 346—349, 352 a. a. O. — L. 7 D. eod.

16) §. 359 a. a. O. — L. 14, §. 1 C. eod. — §. 30 J. de act. (IV, 6).

örtert werden, wenn nicht etwa dem Kläger eine privilegirte Prozeßform zu Gebote steht[17]. Als in demselben Rechtsgeschäfte begründet ist aber der Einwand alsdann nicht zu erachten, wenn die Gegenrechnung aus solchen einseitigen Handlungen des Schuldners hergeleitet wird, die er aus Anlaß und während des dauernden Rechtsverhältnisses, z. B. Pachtverhältnisses, aus welchem die Forderung entstanden ist, unternommen hat[17a]. Liquide ist eine solche Forderung, über deren Grund und Betrag der Richter, zu der Zeit, wo er das Urtel über die Klage fällt, nach Lage der Verhandlungen zu erkennen im Stande ist[18]; das Verfahren wird nach der Liquidemachung nicht aufgehalten, wenn die Akten über den Anspruch des Klägers spruchreif sind. Die Verschiedenheit des Zahlungsorts hindert die Kompensation nicht; sie hat nur den Ersatz des Interesses zur Folge[19].

§. 583.

2 Ausnahmen.

Die Kompensation ist unstatthaft: 1. gegen die actio depositi directa, selbst wenn sie auf Erstattung des Werths der deponirten Sache gerichtet ist und der Depositarius rechtmäßige Gegenforderungen hat[20]; 2. gegen die actio commodati directa, wenn die geliehene Sache selbst gefordert wird[21]; 3. gegen laufende und künftige Alimentenforderungen[22]; 4. gegen die Spolienklage[23]; 5. wenn der Kompensation entsagt worden ist[24], welches still-

---

17) A. G. O. I, 19, §. 5.

17a) Auf einen solchen Fall bezieht sich das scheinbar widersprechende Pr. 959, vom 14. Dezbr. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 233). S. u. die Note 34a zu §. 584.

18) I, 16, §. 361. Recht der Ford. §. 165, Nr. 5.

19) §§. 346, 350, 351 a. a. O. — L. 15 D. de compens. (XVI, 2).

20) §§. 363, 364 a. a. O. Die Beibehaltung dieses Röm. Rechtssatzes [§. 30 J. de act. (IV, 6); L. 11 pr. C. depositi (IV, 34); L. 14, §. 1 C. de compens. (IV, 34)], paßt nicht zu der Theorie des Pr. R., wonach das Depositum ein zweiseitiger Realkontrakt sein kann.

21) §§. 363, 365 a. a. O. Die Einschränkung auf diesen Fall ist nach G. R. streitig.

22) §§. 366, 367 ebend. Ist gemeinrechtlich gleichfalls bestritten.

23) I, 7, §§. 146, 147, 150. Kann bei Entziehung einer Geldsumme aus eigenmächtiger Selbsthülfe praktisch wichtig werden. — Vergl. L. 14, §. 2 C. de compens. (IV, 31); L. 31, §. 1 D. de heredit. petit. (V, 3).

24) I, 16, §. 372. Die Entsagung würde unmöglich sein, wenn die Kompensation, wie Viele glauben, unwillkührlich vor sich ginge.

schweigend geschieht, wenn ein Käufer das Kaufgeld zur Bezahlung gewisser Schulden des Verkäufers zu verwenden verspricht [25]); wenn der Gläubiger nach gegebener Zahlungsfrist die Schuld eines Dritten an seinen Schuldner übernimmt und wegen derselben in Anspruch genommen wird [26]); wenn von der Kompensation im Prozesse kein Gebrauch gemacht wird [27]); 6. gegen Hypothekenforderungen, soweit die Gegenforderungen dem Cessionar vor der Cession nicht bekannt geworden oder aus dem Hypothekenbuche nicht zu entnehmen gewesen sind [28]).

§. 584.

Ausführung und Wirkung.

I. Die Erklärung des Schuldners, daß er seine Forderung anrechne, ist die Handlung, wodurch die Kompensation bewirkt wird. Hat dagegen der Gläubiger nichts einzuwenden, so ist das Geschäft damit abgethan, gleich einer willig angenommenen Zahlung (compensatio voluntaria) [29]). Widerspricht der Gläubiger, so hat der Schuldner die Erforderniſſe darzuthun; geschieht das, so muß der Gläubiger sich wider seinen Willen die Kompensation gefallen lassen (compensatio necessaria) [30]). Dieser Erfolg wird in Form einer Exzeption gegen den Anspruch des Gläubigers erzielt (compensatio objicitur) [31]). Der heutige ordinaire Prozeß gestattet den Einwand nicht mehr wie sonst noch bis zum Schluß

---

25) §. 370 a. a. O. Hierbei ist natürlich vorausgesetzt, daß diese Gläubiger des Verkäufers die Kaufgelderforderung einfordern; dieser Forderung kann dann der Käufer die Kompensation mit andern Forderungen an den Verkäufer nicht entgegen setzen. Allein diese Gläubiger als Dritte erlangen ein Recht gegen den Käufer erst durch einen mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritt zum Vertrage. Pr. 1406 c, vom 27. Januar 1844.

26) §. 357 ebendas. Sonst würde er einseitig das pactum remissorium aufheben können.

27) §. 383 a. a. O.; V. I. vom 4. März 1834, §. 6. — Die Unterlassung der Kompensation wirkt durchaus keine Vermuthung für die Unrichtigkeit oder Erlöschung der Gegenforderung. §. 376 d. T. Einige behaupteten Das. Leyser, sp. 173, m. 5.

28) Anh. z. A. L. R. §. 53 (zu I, 20, §. 511).

29) L. 4 D. qui potior. in pign. (XX, 4); L. 76 D. de verb. sign. (L. 16).

30) L. 3 D. de compensat. (XVI, 2).

31) Gerade so wie es von Exzeptionen heißt: objicitur exceptio. L. 11, §. 2 D. de pignor. (XX, 1).

der Sache in erster Instanz [32]), er kann nach neuerm Prozeßrecht nur in der Klagebeantwortung vorgebracht werden, wegen der wiederaufgenommenen Eventualmaxime [33]). In zweiter Instanz ist der Einwand gleichfalls statthaft, doch nur in der Appellationsrechtfertigung [34]), und nur unter der Voraussetzung, daß die Forderung liquid ist, d. h. hier, daß nicht der Grund und Betrag der Gegenforderung, sondern nur die Zulässigkeit des Einwandes an sich streitig ist; sonst würde dem Gegner das Recht zu seiner Vertheidigung durch die ihm sonst zustehenden Instanzen genommen werden. Das der Kompensation eigenthümliche Erforderniß der Liquidität ist aber nicht auf die s. g. uneigentliche Rekonvention, d. h. auf Forderungen und Gegenforderungen aus einem und demselben Rechtsgeschäfte zu beziehen, es kann also, wenn der Forderung Gegenansprüche entgegengesetzt werden, welche nicht sofort klar zu machen sind, der Beklagte nicht zur Zahlung verurtheilt und mit dem Gegenanspruche ad separatum verwiesen werden, vielmehr muß der Gegenanspruch erörtert und beurtheilt werden, weil derselbe eine Verneinung des Grundes der Forderung, nicht aber einen bloßen Einwand der Tilgung einer selbstständig begründeten Forderung durch Kompensation in sich schließt [34a]). In der Exekutionsinstanz ist der Einwand nur dann noch zulässig, wenn die Gegenforderung erst zu einer Zeit entstanden ist, wo der darauf gegründete Einwand in dem Prozesse nicht mehr angebracht werden durfte [35]). Auf eine schon rechtshängige Sache kann der Ein-

32) A. G. O. I, 10, §. 3; I, 12, §. 19; I, 27, §. 26. Nach G. R. wird darüber gestritten. S. Recht der Ford. §. 167, II.

33) V. vom 1. Juni 1833, §§. 14, 27; Instruktion dazu, §. 29. V. vom 21. Juli 1846, §. 1.

34) A. G. O. I, 10, §. 3; I, 12, §. 19; I, 14, §. 49; Anh. §. 123. — V. vom 1. Juni 1833, §. 42; Instruktion §. 45. — Plenar-Beschl. des Ober-Trib. vom 8. April 1839. (Entsch. Bd. IV, S. 207.)

34a) Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib. am 13. März 1849 in Sachen Ramczynowski c. Hildebrandt, $^{625}/_{2506}$, III, 48. Das Pr. 959 sagt zwar: „die Vorschrift des §. 359 d. T. findet Anwendung, es mag die Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäfte, welches der Forderung zum Grunde liegt, oder aus einem davon verschiedenen entspringen. Die Pr. O. hat im Tit. 19, §. 1 ff. obigen Grundsatz des materiellen Rechts nicht abgeändert und ist daher in einem Prozesse, wenn der Bekl. der liquiden Forderung des Kl. mit einer uneigentlichen Rekonvention begegnen will, die er nicht sofort liquide zu machen im Stande ist, in conventione zu verurtheilen und mit der Gegenforderung ad separatum zu verweisen." Doch wurde ein Conflikt nicht gefunden, weil das Präjudiz sich nur auf das eine Erforderniß der Kompensation bezieht, was, wenn sie gebraucht werden soll, nicht bestritten wurde. Vergl. auch o. §. 526, I, 1.

35) V. v. 4. März 1834, §. 6. Die Gesetzgebung darüber hat gewechselt.

wand der Kompensation dann gestützt werden, wenn die Forderung liquide (anerkannt) ist; im Falle aber darüber noch gestritten wird, findet der Einwand nicht statt, wegen der entgegenstehenden Replikation der Litispendenz [35a]). II. Weil die Kompensation von der Willkühr des Schuldners abhängt, so kann er auch bestimmen: welche von mehreren Gegenforderungen angerechnet werden soll [36]). Die bewirkte Kompensation tilgt die beiderseitigen Schulden ipso jure, wie Zahlung, und zwar wegen der exceptio doli, von dem Augenblicke an, wo die Gegenforderung entstand [37]). Die Versäumung der Kompensation hindert nicht, die Gegenforderung besonders geltend zu machen [38]); ist aber die Kompensation durch den Richter im Urtel (Dispositiv, in tenore sententiae) verworfen, so ist res judicata (§§. 199, 200).

B. Aufhebung ohne Befriedigung.

§. 585.

1. Erlaß (pactum remissorium s. de non petendo).

I, 16, §§. 378—400. Die neuere gemeinrechtliche Literatur giebt bei der eigenthümlichen Auffassung dieses Rechtsverhältnisses Seitens der Verfasser des Landrechts keine Ausbeute; in der Pr. Literatur ist das Feld unangebaut.

I. **Erlaß** (pactum remissorium s. de non petendo) ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, wodurch eine **einseitige** Obligation aufgehoben wird. Durch den Gegenstand unterscheidet er sich von dem Dissens (mutuus dissensus), wodurch die Parteien ein zweiseitiges obligatorisches Verhältniß wieder aufheben (§. 567). Auch der Erlaß ist ein Vertrag und erfordert daher wechselseitige Willensübereinstimmung [1]). Wesentlich verschieden davon ist die Entsagung (§. 213) und der Verzicht, wel-

---

A. G. O. I, 24, §§. 35, 36; Anh. §. 152. Ueber die verschiedenen Meinungen nach G. R. s. Recht der Ford. §. 167, II, 4.

35a) L. 8 D. de compensat. (XVI, 2).

36) I, 16, §. 375. — L. 13, 5 D. de compens. (XVI, 2).

37) §§. 301, 361 a. a. O. — L. 11, 12 D. eod.; L. 4, 5 C. eod.; L. 7 C. de solut. (VIII, 43).

38) §. 276 a. a. O. — Der §. 385 erinnert an die Meinung, daß die Kompensation ohne menschliche Willkühr eintrete; die Bestimmung hat keinen praktischen Nutzen.

1) I, 16, §§. 380, 388. — L. 23 D. de pactis (II, 14); L. 91 D. de solut. (XLVI, 3). Manche leugnen das Erforderniß der s. g. Acceptation.

cher sich nicht auf Obligationen, sondern auf absolute Rechte, hinsichtlich welcher keine einzelne bestimmte Person dem Erklärenden gegenübersteht, wie z. E. bei der Verzichtleistung auf den Adel, oder bei der Erbschaftsentsagung, bezieht, folglich kein Vertrag sein kann und daher zu seiner Gültigkeit keiner Acceptation bedarf[2]. In dem A. L. R. sind diese verschiedenartigen Handlungen mit einander vermengt, weshalb die jedesmalige Beziehung der einzelnen Sätze mit Vorsicht zu beachten ist, um Mißverständnissen zu entgehen. In der Regel hat der Remissionsvertrag die Natur der Schenkung[3]; doch kann auch irgend ein anderes Geschäft (§. 212), oder doch ein eigenes Vermögensinteresse, wie bei dem Akkord (§. 505), zum Grunde liegen. II. Die Willenserklärung des Gläubigers muß in der Regel eine ausdrückliche sein, die stillschweigende, wie z. E. Zurückgabe des Schuldscheins, genügt bei Obligationen wegen Mangels der Form nicht[4]. Die Annahme kann, wie gewöhnlich, auch stillschweigend, für Unfähige, wenn Schenkung zum Grunde liegt, durch Dritte erklärt werden[5]. Zur Gültigkeit eines Remissionsvertrags ist nicht die gerichtliche Form wie bei Schenkungsversprechungen, sondern bei Gegenständen über 50 Thlr. nur die schriftliche Form erforderlich (§. 550 Note 22), weil der Erlaß einer vollzogenen Sachschenkung gleich steht[6]. III. Die Wirkung ist absolute Tilgung der Obligation, mithin erlöschen auch alle accessorischen Rechte.

---

2) Der §. 392 a. a. O.: „gerichtliche Entsagungen bedürfen keiner Annahme", bezieht sich auf dergleichen Verzichte und auf Renuntiationen (§. 213), nicht auf Remissionen. Vergl. auch Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 250 flg. Die Erbesentsagung kann natürlich keine Schenkung sein, weil sie überhaupt kein Vertrag ist.

3) §§. 393—395 a. a. O. — Der §. 1039, Tit. 11 bezieht sich nicht auf Remissionsverträge.

4) §§. 381, 390 a. a. O. – Simon, Rechtsspr. I, S. 143; Pr. 1005, vom 17. April 1841. (Entsch. Bd. VII, S. 95 ff.) — Ausnahmen: I, 11, §. 843; §. 797; I, 16, §. 114; I, 12, §. 427; I, 20, §§. 253, 254; I, 22, §. 43 und Schles. Archiv, Bd. I, S. 344.

5) §. 389 a. a. O.; I, 11, §. 1058 ff.

6) Diesen schon im Recht der Ford. §. 172, II, 3 angegebenen Grund hat Herr von Rönne, in der Jur. Wochenschrift, 1839, S. 666, damit zu widerlegen vermeint, daß obligatorische Rechte überhaupt nicht Gegenstand des Besitzes sein, mithin auch nicht tradirt werden könnten. Das ist nicht zutreffend; man behauptet nicht, daß eine Obligation tradirt werden könne wie eine Sache. Der angefochtene Grund hat das Mißgeschick, von dem Herrn Verf. nicht verstanden worden zu sein. Sehr wohl verstanden und anerkannt ist er von dem Ober-Trib. nach dem Plenarbeschl. vom 24. Februar 1840 (Entscheid. Bd. V, S. 261) und dem Pr. 1005 (Revisionsurtel) v. 17. April 1841 (Ebend. Bd. VII, S. 92 flg.)

Bei Korrealobligationen kommt es auf die Absicht der Paciscenten an: ob das pactum nur in personam oder in rem wirken soll (§§. 517, 518); hat der Schuldner ein Interesse dabei, daß das pactum auch dem Dritten (dem Korreus) zu statten komme, wie z. E. der Fall ist, wenn die Mitschuldner in einem Verhältnisse der Gemeinschaft stehen, so muß es immer in rem wirken [7]).

§. 586.

2. Konfusion und Konkurrenz.

I, 16, §§. 476–512. — **Meier**, Medit. de confusione jurium et obligationum. Lips. 1791.

I. **Konfusion, Vereinigung**, heißt das Zusammentreffen der Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners für eigene Rechnung in Einer Person [1]); sie löset die Obligation ipso jure auf [2]), indem durch den Wegfall der Person auf der einen Seite die bestandene Obligation zusammenfällt, daher denn die etwa vorhandenen Korrei, in Beziehung auf welche die Konfusion nicht eingetreten ist, nicht befreit werden, wogegen die für die Person des ausgefallenen Schuldners bestellten Bürgen mit ihm zugleich entbunden sind [3]). Die Erlöschung der Bürgschaft durch Konfusion ist ohne Einfluß auf die Hauptobligation [4]), ebenso die theilweise Konfusion auf den nicht betroffenen Theil [5]). Erforderniß einer wirksamen Konfusion ist ein unbedingter und un-

7) L. 27 pr.; L. 22, §. 5; L. 22–26; L. 32 D. de pact. (II, 14). — **Guyet**, über die Wirkung der Nachlaßverträge bei den s. g. Korrealobligationen; in s. Abhandl. S. 262 flg.

1) I, 16, §. 476. — L. 21, §. 1 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3). — L. 75 D. de solut. (XLVI, 3); L. 26, §. 4 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 50, 71 pr. D. de fidejuss. (XLVI, 1). — **Konsolidation** ist die Vereinigung dinglicher Rechte, insbesondere der Fall, wenn der Eigenthümer den Ususfruktus erwirbt. §. 3 J. de usufructu (II, 4); L. 78, §. 2 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 3, §. 2, L. 6 pr. D. de usufr. accresc. (VII, 2). — Im Besitz des Fiskus begründet das Zusammenkommen der mit Servituten belasteten und beziehlich berechtigten Grundstücke kein Erlöschen der Servituten modo confusionis. Pr. 514, vom 3. August 1838. Inkonsequent. Vergleiche Note 3 zu §. 582.

2) §. 476 a. a. O. — L. 75, 95, §. 2 D. de solut. (XLVI, 3); L. 71 pr. D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 7 C. de pactis (II, 3). Ausnahme s. oben §. 529, II.

3) §§. 492–494, 497 a. a. O. — L. 71 D. de fidejuss. (XLVI, 1). Anders würde es sein, wenn die Konfusion nach Art der Zahlung (solutionis potestate) wirkte. Recht der Ford. §. 183.

4) §. 496 a. a. O. — L. 21, §. 3, L. 71 pr. i. f. D. de fidejuss. (XLVI, 1).

5) §§. 490, 491 das. — L. 50 D. eod. — L. 7 C. de negot. gestis (II, 19).

widerruflicher Grund, daher tritt sie nicht ein bei einem Fideikommiß, auch bei dem fideicommissum ejus quod supererit, und bei Erwerbung einer Erbschaft unter Vorbehalt der Rechtswohlthat, so lange der Vorbehalt nicht beseitigt ist, welches unter Anderm mit der Publikation des Präklusionsurtels im erbschaftlichen Liquidationsprozesse geschieht, wenn dann die Erbschaft zulänglich ist[6]. II. **Konkurrenz** heißt das Zusammentreffen der Eigenschaft mehrerer Solidarschuldner oder Gläubiger derselben Obligation. Dadurch wird in der Regel hinsichtlich der Fortdauer der Obligation nichts geändert[7]; eine Ausnahme galt nach R. R., wenn der eine Schuldner nur accessorisch verpflichtet ist: Dessen Verbindlichkeit hörte auf[8], falls sie nicht wirksamer als die Hauptobligation[9]. Auch diese Ausnahme wird im Pr. R. nicht angenommen[10].

§. 587.

3. Vernichtung.

Nichtige Rechtsgeschäfte bedürfen materiell keiner Vernichtung. Daher kannte das R. R. keine darauf gerichtete Klage. Das nichtige Rechtsgeschäft wurde wie nicht vorgefallen behandelt und diejenige Partei, deren Zustand dadurch eine nachtheilige thatsächliche Veränderung erlitten hatte, bediente sich der ihr zustehenden Rechtsmittel zur Beseitigung derselben. Berief der Beklagte sich excipiendo auf das Geschäft, so leugnete der Kläger den Grund der Exzeption durch Darlegung der Nichtigkeit (§§. 196, 193.) Ganz auf dieselbe Weise verhält sich die Sache noch jetzt im Pr. R.: wer auf Grund eines nichtigen Geschäfts seine Sache hingegeben hat, kann sie vindiciren. — Ist noch keine thatsächliche Aenderung des Zustandes in Folge des nichtigen Geschäfts eingetreten, so findet nach R. R. eine Klage, etwa auf Nichtigkeitserklärung, nicht statt; dazu fehlte das Bedürfniß. Hierin ist es nach Pr. R

---

6) §§. 478—481, 486—488 a. a. O. Pr. 1989, vom 2. März 1848. — L. 21, §. 2 D. de inoff. test. (V, 2). — L. 87, §. 1 D. de acquir. hered. (XXIX, 2). — L. 59 pr. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

7) L. 93 pr. §. 1—3, L. 95, §. 3 D. de solut. (XLVI, 3).

8) L. 13 D. de duobus reis (XLV, 2); L. 5, 14 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 38, §. 5 D. de solut. (XLVI, 3).

9) L. 95, §. 3, L. 38, §. 5 D. eod.; L. 21, §. 2 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

10) §. 495 a. a. O. Der Hauptschuldner ist darnach sein eigener Bürge.

anders: man kann unter Behauptung derjenigen Thatsachen, durch welche die Nichtigkeit dargelegt wird, den Richter mit dem Antrage angehen: das scheinbar vorhandene Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären (Nichtigkeitsklage). Sie ist materiell eine Negatorienklage und verjährt wie die mit dem verletzten oder bedrohten Rechtsverhältnisse verbundene Klage.

4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I, 14, §§. 172—177. — I, 11, §§. 531—534, 633. — A. G. O. I, 16, §§. 12—29. — **Biener**, Historia juris civilis de restitutionibus in integrum, Lips., 1779. — **Gmelin**, Principia generalia restitutionis in integrum praetoriae, Tüb., 1809. — **Burchardi**, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen, 1831. Dazu **Blume**, Anzeige dieser Schrift, in den Gött. gel. Anz. 1831, S. 1769 flg. — von **Schröter**, in **Linde's** rc. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. IV, S. 91 flg.

§. 588.

a) Das Allgemeine.

I. Unter der Wiedereinsetzung (restitutio in integrum) wird hier die durch richterlichen Ausspruch erfolgende Aufhebung eines Rechtsverhältnisses oder einer Rechtsveränderung verstanden, welches oder welche an sich gültig ist, jedoch aus einem Grunde von dem dadurch beeinträchtigten Theile angefochten werden kann. Solches kann in Form einer Klage, und auch in der einer Exzeption geschehen [1]); für die Klage (Restitutionsklage) giebt es keine technische Bezeichnung, weil nach R. R. nicht mittelst einer Klage, sondern durch den Ausspruch des Prätors die Herstellung des frühern Zustandes erreicht wurde, und der Fall, wo die Form der Exzeption hätte zur Anwendung kommen müssen, nicht vorkam, weil der Prätor in solchem Falle die Klage ganz versagte. Die von dem Institute im Pr. R. noch vorhandenen Reste haben keinen leitenden Grundgedanken. II. Die Erfordernisse sind: 1. ein Rechtsgrund (justa causa). Dafür gilt: a) Minderjährigkeit, deren Rechte auch dem Fiskus, den Kirchen, den Stadtgemeinden, den Schulanstalten, den Armenanstalten und manchen andern Personen beigelegt sind; b) Abwesenheit [2]); c) Irrthum (§§. 106 ff.); d) Zwang

---

1) Vergl. **Klien**, über das Wesen und die heutige Anwendbarkeit der prätorischen Restitutionen; im Archiv für die civil. Praxis, Bd. I, Nr. 16.

2) I, 11, §§. 531—533, 536—539.

und Furcht (§. 104); e) Betrug (§. 105). 2. Eine nicht ganz unbedeutende Beeinträchtigung (laesio) durch Handlung oder Unterlassung, aus Ursach der justa causa[3]). 3. Es muß ein Rechtsverhältniß sein, auf welches sich die Handlung oder Unterlassung bezieht[4]). Wegen der Minderjährigkeit (1, a)) findet jedoch die Wiedereinsetzung gegen die Handlungen der Vertreter und Verwalter des Pflegebefohlenen in Rechtsgeschäften, und die dadurch in dem Geschäfte selbst dem Pflegebefohlenen widerfahrene Verletzung, niemals statt[4a]). Nur bei Prozessen und gegen den Ablauf der Verjährung gilt eine beschränkte Ausnahme, die näher zu bestimmen ist. a) Was die Verjährung betrifft, so haben der Fiskus und die ihm darin gleichgestellten juristischen Personen gegen den Ablauf der ordentlichen Verjährung das Rechtsmittel nicht, wohl aber kommt es ihnen bei kürzeren Verjährungsfristen, keinesweges aber gegen andere Fristen, welche keine Verjährungen sind (§. 149 Note 12), zu statten, wenn dabei dieserhalb keine besondere Ausnahme gemacht worden ist[5]). Die Minorennen aber, und zwar auch nur diejenigen, welche unter Vormundschaft stehen müssen, haben das Rechtsmittel gegen den Ablauf der ordentlichen Verjährung alsdann, wenn dieselbe, als das betroffene Recht an sie gelangt, bereits angefangen hat und während der Minderjährigkeit vollendet wird[5a]); wogegen ihnen gegen den Ablauf der kürzern Verjährungen das Rechtsmittel nicht gegeben ist[6]) b) In Prozessen kommt sowohl dergleichen Minderjährigen als dem Fiskus und den gedachten juristischen Personen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verabsäumung der gesetzmäßigen oder von dem Richter bestimmten Fristen, — doch nicht gegen Verabsäumung des Fatale zur Einlegung der Appel-

---

3) L. 11, §. 4, 5; L. 6, 7, §. 6; L. 35, 44 D. de minor. (IV, 4).

4) L. 7 pr. §. 2 D. eodem.

4a) I, 14, §. 172; A. G. O. I, 16, §. 13. — Lehns-Edikt vom 4. August 1763, §. 8.

5) I, 14, §§. 174, 177. Pr. 884, vom 3. Juli 1840 (Entsch. VI, 385). Eine solche Ausnahme bestimmt das Ges. v. 18. Juni 1840, §. 11. Das Ober-Trib. meint zwar, dieser §. 11 enthalte eigentlich die Regel und es müßte folglich jedesmal als Ausnahme die Zuläffigkeit der Restitution vorbehalten sein. Entsch. Bd. XIV, S. 211. Die Rechtfertigung dieses Ausspruchs ist jedoch seicht und übergeht ganz die allgemeine Regel des §. 177 a. a. O.

5a) I, 9, §§. 536, 537. Pr. 307, vom 22. Juli 1837 und Pr. 1778, vom 15. August 1846.

6) I, 14, §. 177. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 211 u. 212.

lation, der Revision, des Rekurses und der Nichtigkeitsbeschwerde, so wie gegen die durch Versäumung der Einführung und Rechtfertigung der Rechtsmittel erwachsenen Nachtheile —, zu statten [7]). III. Die Restitutionsklage dauert vier Jahre nach Vollendung der justa causa, worin die Ursache der Rechtsveränderung liegt, bei versäumter Verjährung mithin von dem Ablaufe derselben an gerechnet [8]). IV. Die Wirkung besteht in der gänzlichen Vernichtung der Veränderung in allen Beziehungen [9]).

b) Restitution der Gläubiger gegen die Handlungen des Schuldners. (Actio Pauliana).

§. 589.

aa) Im Falle des formellen Konkurses.

I, 11, §§. 1129—1133. — A. G. O. I, 50, §§. 42—59. — Happel, Beobachtungen beim Ausbruche eines Konkurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräußerten Vermögens. Gießen und Darmstadt, 1801. — Reinhardt, von der Paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen; deren Begriff, Beweis, nähere Bestimmungen, ihre Anwendbarkeit u. s. w.; in Dessen vermischten Aufsätzen, 2. H., 1823, S. 100 flg.

I. Die von dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung [9a]) unternommenen Veräußerungen können unbedingt, und die vor diesem Zeitpunkte bewirkten schädlichen Rechtsveränderungen können unter folgenden Voraussetzungen, mittelst der restitutorischen actio Pauliana, vernichtet werden (§. 507): 1. Der Gemeinschuldner muß eine Handlung (gestum) begangen haben; eine Unterlassung (non gestum) begründet die Klage nicht [10]); daher fällt die Ausschlagung einer Erbschaft nach R. R. nicht unter

---

7) I, 14, §§. 172, 174 verb. mit A. G. O. I, 16, §§. 13, 14; Dekl. vom 6. April 1839, Art. 13. Pr. 2138, v. 28. August 1849; Pr. 2224, v. 19. Juli 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 488). Das Ganze ist ein Konglomerat von Satzungen ohne inneren Zusammenhang.

8) I, 11, §. 531; I, 14, §. 175; A. G. O. I, 16, §. 13. — Clem. un. de rest. in integrum (I, 11).

9) L. 24, §. 4, L. 27, §. 1, L. 47, §. 1, L. 39, §. 1, L. 40, §. 1, L. 41 D. de minor. (IV, 4); L. 9, §. 7 D. quod metus causa (IV, 2); L. 32, §. 4 D. de administr. tutor. (XXVI, 7); L. un. C. de reput. (II, 48).

9a) Auf den erbschaftlichen Liquidationsprozeß findet Dies keine Anwendung. Entsch. des Ober-Trib. Bd. X, S. 473. Vergl. oben §. 504, Note 5.

10) L. 6 pr. — §. 5, L. 19, 20 D. quae in fraudem cred. (XLII, 8). — L. 134 pr. D. de regul. jur. (L, 17).

dieses Rechtsmittel [11]), wohl aber nach Pr. R., weil nach dessen Grundsätzen eine Erbschaft ipso jure erworben und nur durch die positive Handlung der Erbesentsagung verloren wird [12]). 2. Die Handlung muß eine Verringerung des Vermögens bewirken, daher findet die Klage wegen bloßer Befriedigung eines Gläubigers nicht [13]), wenn aber mehr geschehen ist, nur in soweit statt, als die Masse verringert worden ist, weshalb aus derselben bei Aufrufung eines Geschäfts Alles zurückgegeben werden muß, was sie reicher machen würde [14]). 3. Die Handlung muß in betrüglicher Absicht (fraudationis causa) unternommen worden sein, was angenommen wird, wenn der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens gekannt hat [15]). 4. Der Erwerber muß entweder den Zustand und die Gesinnung des Gemeinschuldners gewußt [16]), oder umsonst erworben haben [17]). Zu den unentgeltlichen Erwerbungen gehören auch Erlasse (Remissionen) aus Freigebigkeit (§. 583) und unentgeltlich übernommene Verbindlichkeiten [18]). 5. Den Gläubigern muß durch die Handlung ein

11) L. 6, §. 2 D. quae in fraudem creditor. — Glück, über die Erbschaftsausschlagung eines in Konkurs verfallenen Schuldners; in Dessen und Geiger's merkwürdigen Rechtsfällen, Bd. III, Nr. 43.

12) A. G. O. I, 50, §. 50. — A. L. R. I, 11, §§. 367, 368. — M. Abh. über die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf eine Erbschaftsentsagung des Gemeinschuldners, nach dem Allg. Landrechte und dem Märkischen Provinzialrechte; in der Jur. Wochenschrift 1836, S. 177 flg. — Vergl. Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 37 flg. Der von Scholz, Märk. Provinzialrecht, Th. II, S. 335 flg. angegebene Grund der Widerruflichkeit, daß nämlich der röm. Rechtsgrundsatz: „ein nolle acquirere enthalte keine deminutio patrimonii," durch das A. L. R. aufgehoben sei, ist nicht richtig. — S. auch Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 250 ff.

13) A. G. O. I, 50, §§. 44—46, 52. Konkl. der Ges. Kommiss. v. 20. April 1784 (Klein, Annal. Bd. I, S. 147). — L. 6, §. 6 und 7, L. 10, §. 16, L. 24 i. f. D. quae in fraudem cred. (XLII, 8); L. 21 D. de peculio (XV, 1).

14) §§. 36, 55, 47 a. a. O. — L. 7, 8 D. quae in fraudem cred.

15) §. 43 a. a. O. — L. 17, §. 1 D. eod.

16) §§. 37, 38, 54, 55 a. a. O. — Man ist darüber nicht einig, was zum Dolus des Dritten gehöre: ob bloß die Kenntniß der Insolvenz, oder auch die betrügerische Absicht des Gemeinschuldners. Dies Letztere ist nach richtiger Ansicht gleichfalls erforderlich. Recht der Ford. §. 190, II. Doch fordert dieses der §. 55 nicht. Die Praxis nimmt an, daß wenn der Dritte die Insolvenz gewußt hat, das Geschäft in Beziehung auf beide Kontrahenten als eine, die Rechte der Gläubiger des Cridars verletzende fraudulöse Veräußerung anzusehen sei. Motive des Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 2. Juni 1840. S. u. S. 272.

17) §§. 49—53 a. a. O.; A. L. R. I, 11, §§. 1129 ff., 1171, 1172. — L. 6, §. 11 D. eod.

18) I, 11, §. 1149. — L. 3 pr., L. 10, §. 13, L. 22 D. eod.

Nachtheil zugefügt werden. Daraus folgt: a) die Vermögensmasse muß zur Zeit der Handlung unzulänglich sein, oder durch dieselbe unzulänglich werden[18a]). Solches wird bei Schenkungen vermuthet, wenn sie unter Fremden im letzten Jahre, unter Eheleuten in den letzten Drei Jahren vor Ausbruch des formellen Konkurses vorgefallen sind[19]). b) Diejenigen Gläubiger, deren Forderungen jünger als die nachtheilige Verfügung sind, können dieselbe nach R. R. nicht anfechten, wenn sie nicht das jus subintrandi haben, nach Preuß. Recht gilt diese Regel aber nur bei Schenkungen, welche seit länger als 1 J. vor eröffnetem Konkurse gemacht sind[20]). II. Das Rechtsmittel steht, nach Verschiedenheit der Fälle, bald dem Konkurskurator als Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger (§. 510 und 808, VII), bald nur solchen Gläubigern zu, welche in Folge der Handlung einen Ausfall erlitten haben, so wie deren Erben und Nachfolgern[21]). 1. Zum Widerrufe einer innerhalb des letzten Jahres vor der Konk.-Eröffnung oder an einen Ehegatten stattgefundenen Schenkung auf Grund der Vorschriften des A. L. R. I, 11, §. 1129 und der Konk. O. ist der Konk.-Kurator als solcher legitimirt, weil dergl. Schenkungen ganz allgemein und lediglich vermöge der Konk.-Eröffnung dem Widerrufe unterliegen, ohne daß es auf das Alter der Forderungen und den Nachweis, daß der Gemeinschuldner schon zur Zeit der Schenkung insolvent war, ankommt. Der Widerruf äußert sich daher als ein Recht aller Gläubiger, begründet durch die Konk.-Eröffnung, kraft einer praesumtio juris et de jure über die Insolvenz. 2. Ebenso verhält es sich mit der Befugniß des Konk.-Kur. zur Anfechtung eines lästigen Vertrages nach Vorschr. des §. 40 ff., insbesondere des §. 53 ff. der K. O. Dieser Fall ist von dem der Schenkung zu unterscheiden. Die Anfechtungsklage erfordert eine eigenthümliche Begründung. Es ist nachzuweisen, daß der dritte Kontrahent, zur Zeit der Ab-

---

18a) L. 1 pr., L. 17, §. 1 D. eod. — L. 10 D. qui et a quibus (XL, 9). A. G. O. I, 50, §. 43, 48, 55. Pl. Beschl. des Ober-Trib. vom 12. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 186).

19) §§. 1129, 1130, 1132 a. a. O. — II, 1, §§. 312, 313. Anh. §. 74. — Ges. vom 6. April 1835, §. 6.

20) I, 11, §. 1131. — L. 10, §. 1, L. 15, 16 D. eod. — Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 52.

21) §. 1131 a. a. O. — A. G. O. a. a. O. §§. 56, 43. — L. 1 pr., L. 10, §. 25 D. eod.; L. 1 C. eod. (V, 75). — Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 2. Juni 1840 (Entsch. VII, S. 275).

schließung des Geschäfts, die Insolvenz des Gemeinschuldners gewußt und sich dennoch auf das Geschäft eingelassen habe. Alsdann erscheint die Veräußerung in Beziehung auf beide Kontrahenten als eine, die Rechte der Gl. des G. verletzende, fraudulöse Veräußerung und sie unterliegt der Ungültigkeit. Alle Kreditoren können das Geschäft anfechten; dasselbe fällt zum Besten Aller dahin, und das Recht wird auch hier, wie bei dem Rechte zum Widerrufe einer jüngern Schenkung, durch die Konk.-Eröffnung begründet. Nicht deshalb allein ist die Gesammtheit der Gl. das berechtigte Subject, sondern auch noch aus einem andern Grunde. Weil nämlich der veräußerte Gegenstand in die Vermögensmasse zurückgezogen wird, so muß aus derselben Dasjenige, was dafür in dieselbe geflossen und noch vorhanden ist, zurückgegeben werden. §. 55 der K. O. Es ist also gleichsam die Masse das berechtigte und verpflichtete Subject, denn kein einzelner Gläubiger ist in der Lage, den frühern Zustand durch Zurückgabe der Gegenleistung herzustellen, weil er nicht über die Masse verfügen und den zurückzugebenden Gegenstand nicht zu seinem Vortheile herausnehmen kann. Hier ist mithin nur der Kur. als solcher legitimirt. 3. Der Widerruf eines von dem G. länger als 1 Jahr vor der Konk.-Eröffnung gemachten Geschenks steht nur denjenigen Gl. zu, deren Forderungen älter sind. A. L. R. I, 11, §. 1131. Dieses Widerrufsrecht ist ein Singularrecht der einzelnen Gläubiger und kann deshalb nicht von der Gesammtheit der Gläubiger, folglich nicht durch den Konk.-Kur. als solchen ausgeübt werden. Der Widerruf einer solchen ältern Schenkung ist nur ein Beispielsfall. Es giebt andere einzelne Rechte der Gl., die gelegentlich durch die Konk.-Eröffnung hervorgerufen, die aber durch sie kein Recht der Gemeinschaft der Kreditoren geworden, sondern nur für gewisse Gl. vorhanden sind[21a]). Diese sind der ältern Schenkung analog zu beurtheilen. 4) Will man dem Ges. vom 26. April 1835 eine Ausdehnung auf den Konkurs geben, so verhält es sich mit der Ausübung der, durch dasselbe den einzelnen Gl. eingeräumten Rechte gerade ebenso, und noch mehr, als mit dem Rechte zum Widerrufe einer ältern Schenkung. Das Gesetz hat die Einschränkungen in Ansehung eines solchen Widerrufs für Schenkun-

---

21a) Z. B. die Einziehung der dem Kurator gezogenen Defekte, welche nach §. 91 und 552 der Konk. O. den in der Hebung stehen bleibenden Kreditoren zufällt.

gen und Veräußerungen durch lästige Verträge im Falle einer fruchtlosen Exekution nicht bloß in sich aufgenommen, sondern sie theilweise noch verstärkt. Ist es nöthig, Analogien dafür aufzusuchen, daß da, wo es sich um Rechte der einzelnen Gl., und nicht um Rechte der Gesammtheit derselben, im Konk. streitet, im Sinne der Konkursordnung, die Verfolgung solcher Interessen dem Konk.-Kur. als solchem nicht zustehe, sondern daß er immer nur als Stellvertreter der einzelnen Interessenten auftreten könne, so läßt sich dafür das in der Konk.-O. vorgeschriebene Verfahren über die Feststellung der Prioritätsrechte der einzelnen Gl. an der Passivmasse in den höhern Instanzen anführen[21b]. III. Beklagter kann sein: 1. der unmittelbare Erwerber[22]; 2. ein dritter Besitzer, jedoch mit Berücksichtigung der aus dem redlichen Besitze entspringenden Rechte[23]; 3. der Gemeinschuldner selbst[24]; 4. die Erben dieser Personen[25]. IV. Die Klage geht auf Vernichtung der Handlung und Herausgabe Dessen, was aus dem Vermögen zum Nachtheil des Klägers entfernt worden ist, nebst allen Accessorien, soweit solches zur Befriedigung des Klägers erforderlich[26]; gegen den redlichen Dritten, gegen den redlichen Geschenknehmer und gegen die Erben nur auf Das, um was sie noch reicher sind[27]. Wegen solcher Handlungen jedoch, welche schon früher als Drei Jahre vor der Konkurseröffnung vorgefallen sind, findet ein Anspruch gar nicht mehr statt[28]. V. Die Klage verjährt in Drei Jahren, soweit der Beklagte noch im Besitz des Vortheils ist, erst in 30 Jahren, seit der Rechtskraft des Distributionsurtels als der Zeit der von der Verletzung erlangten Kenntniß (§. 569, II).

21b) Motive des Plenar-Beschl. vom 2. Juni 1840. Pl. 3, 1840.

22) A. G. O. a. a. O. §§. 55, 59. — L. 17 pr. D. eod.

23) Ebend. §. 56; A. L. R. I, 10, §. 7; I, 15, §. 25 ff.

24) L. 11 pr., L. 25 D. eodem.

25) I, 11, §. 1164. — L. 10, §. 25 D. eod.

26) A. G. O. a. a. O, §. 55. — L. 10, §. 19—21, L. 25, §. 4—6 D. eodem.

27) I, 11, §§. 1164, 1165, 1166; II, 1, §. 313; I, 7, §§. 222, 192. — L. 6, §. 11, L. 10, §. 20, L. 11, L. 25, §. 4 D. eod.

28) I, 11, §. 1133; Anh. §. 74 (zu II, 1, §. 312). — Suarez, amtl. Vorträge; Jahrbücher, Bd. XLI, S. 25.

§. 590.

bb) Außer dem Falle des formellen Konkurses.

Gesetz über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger, vom 26. April 1835 (G. S. S. 53).

Das Rechtsmittel ist nach neuerm[29]) Rechte auch außer dem Konkurse anwendbar, doch nur mit Beschränkung auf gewisse Fälle. I. Es findet nur statt: 1. gegen die von dem Gemeinschuldner gemachten Schenkungen; 2. gegen die von ihm in unredlicher Absicht (fraudandi animo) mit a) seinem Ehegatten vor oder nach Vollziehung der Ehe, b) einem seiner oder seines verstorbenen Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie oder mit dessen in ehelicher Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten[29a]), oder einem solchen As- oder Descendenten in Gemeinschaft mit dessen Ehegatten[29b]) errichteten Kauf-, Tausch- und andern lästigen Verträge über ihm gehörige bewegliche oder unbewegliche Sachen, Gerechtigkeiten, Nießbrauchsrechte oder ausstehende Forderungen[29c]); gegen betrügliche Veräußerungsverträge[30]) mit andern als diesen Personen wird die Klage versagt[30a]); gegen Rechtsnachfolger der genannten Personen findet sie statt, wenn sie zur Zeit der Erwerbung Wissenschaft von den Umständen, unter welchen der Gemeinschuldner den Gegenstand

---

29) Nach dem A. L. R. wurde es versagt. Recht der Ford. §. 192.

29a) Pr. 680, vom 29. Mai 1839 und Entsch. Bd. XIII, S. 123 ff.

29b) Pr. 1739, vom 21. März 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 190).

29c) Auch hypothekarische Schuldverschreibungen gehören zu den hier für anfechtbar erklärten Verträgen. Pr. 680, vom 29. Mai 1839.

30) Also gegen dolose Veräußerungen, welche keine Verträge sind, obschon sie den Vortheil eines Verwandten zum Schaden der Gläubiger mit Erfolg bezwecken, wie z. B. Dereliktion, Erbschaftsentsagung (Note 12), ist das Rechtsmittel nicht gegeben. S. Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 250 ff. — Dort ist übrigens die Erwerbung und die Entsagung der Erbschaft nicht richtig aufgefaßt. Die Erbschaft ist mit dem Augenblicke des Anfalls ipso jure erworben; nicht erst die Uebernahme ist die erwerbende Handlung. Im Gegentheil, die Entsagung ist, bei dem Pr. Rechtszustande, eine Rechtswohlthat für den Erben, vermöge welcher ihm innerhalb einer gewissen Zeit freisteht, sich von der Last, womit nach dem aus ungleichartigen Elementen zusammengesetzten Pr. Erbrecht der Erbe behängt ist, loszumachen. Zu der Rechtsansicht, nach welcher die Erbschaft ipso jure erworben wird, paßt die Entsagung nicht; es paßt dazu aber auch nicht die Haftung des Erben für persönliche Schulden; und da man diese aus einem ganz andern Rechtssystem eingelegt hat, so mußte man auch die Entsagung aufnehmen.

30a) §§. 1 u. 2 des Ges. vom 26. April 1835.

veräußert hat, gehabt haben[31]); gegen Erben derselben aber soll sie ohne alle Beschränkung, wie gegen den ersten Erwerber selbst, gestattet sein[32]). II. Die Regel, daß nur ältern Gläubigern die Klage zusteht ([20]), und daß über 3 Jahre alte Handlungen nicht mehr angefochten werden können ([28]), ist hier beibehalten, mit der Erweiterung, daß der Gläubiger schon bei Anbringung seiner Klage gegen den Schuldner, oder im Laufe des Prozesses, eine Veräußerung, welche er künftig anzufechten gedenkt, bezeichnen, und diese seine Absicht dem Erwerber durch das Gericht sofort bekannt machen lassen kann. In diesem Falle wird die Zeit von dem Tage der Insinuation der Bekanntmachung, sonst aber erst von dem Tage des auf das Exekutionsgesuch erlassenen Zahlungsbefehls zurückgerechnet. Die frühere Errichtung des Vertrags begründet aber nur eine Exception; sie muß mithin von dem Beklagten behauptet und bewiesen werden, und bloße Privaturkunden sind zu dem Beweise nicht tauglich[33]). III. Die Vermögensunzulänglichkeit muß zur Zeit der Handlung vorhanden gewesen sein ([18a]). Die Unzulänglichkeit wird in folgenden Fällen als festgestellt angenommen: 1. wenn bei der versuchten Auspfändung keine Exekutionsgegenstände vorgefunden werden, der Schuldner auf Befragen solche auch nicht sogleich nachweis't und der Gläubiger den Manifestationseid fordert, wenn auch solcher nicht geleistet wird. Sind Gegenstände vorgefunden oder nachgewiesen, so tritt jene Vermuthung erst dann ein: a) wenn die gepfändeten Effekten verkauft worden sind und nicht zureichen; b) wenn hinsichtlich der in Beschlag genommenen sichern, liquiden und binnen 3 Monaten fälligen Forderungen der Zahlungstermin vergeblich abgewartet worden ist; c) wenn die Sequestration der etwa vorhandenen Grundstücke nachgesucht und 3 Monate erfolglos abgewartet worden ist, falls diese Erfolglosigkeit nicht schon von Anfang klar erhellet; d) wenn der Verkauf des Grundstücks erfolglos abgewartet[33a]) ist, sofern nicht der Ausfall der Forderung schon früher klar zu übersehen. 2. Wenn schon früher, vor der Handlung oder in der Zeit zwischen derselben und dem gegen dieselbe erhobenen

31) §. 9 das. — Nach der Regel wird durch den guten Glauben nicht die Klage ausgeschlossen. Note 23.

32) §. 9 daselbst. — Dies ist wiederum eine Abweichung von der Regel. Note 25. Die Ausnahmen sind rein willkührlich vorgeschrieben; sie haben keinen innern Grund.

33) §§. 3, 5—8 a. a. O.

33a) Diese Abwartung kann dann nicht verlangt werden, wenn die verpfändete Sache nicht dem Exequendus, sondern einem Dritten gehört. Pr. 2292, v. 13. Mai 1851 (Entsch. XX, 549).

Anspruch, eine Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners erfolglos gewesen; 3. wenn der Schuldner in einem zur Kundgebung seines Vermögens angesetzten Termine auf die unter Androhung der Annahme seiner Zahlungsunfähigkeit ergangene Vorladung ungehorsam ausbleibt[34]). Die Unzulänglichkeit schon zur Zeit der Handlung und die betrügliche Absicht wird vermuthet: 1. wenn das Geschäft mit dem Ehegatten, und innerhalb der 3 letzten Jahre vor dem erlassenen Zahlungsbefehle oder vor der schon im Prozesse insinuirten Bekanntmachung der Absicht, die Handlung anzugreifen, geschlossen ist; 2. wenn das Geschäft mit einer andern Person als dem Ehegatten innerhalb des letzten Jahres vor den gedachten Zeitpunkten geschlossen worden ist; bei ältern Handlungen muß der Kläger beweisen[35]). IV. Zur Begründung der Klage ist in allen Fällen 1. ein unverjährter exekutorischer Titel (§. 201, I, 1), und fruchtlose Erlassung des Zahlungsbefehls an den Schuldner, bezüglich auf die Forderung des Klägers, also in Folge des Exekutionsgesuchs des Klägers, erforderlich[36]); verhindert der inzwischen ausgebrochene Konkurs die Erlassung des Zahlungsbefehls, so vertritt das demnächst ergehende rechtskräftige Lokationsurtel zugleich dessen Stelle[37]); dagegen sind die im §. 148 des Anh. z. A. G. O. angegebenen Hindernisse auf den Ablauf der einjährigen Frist ohne Einfluß, sofern sie nicht auch der Anstellung der Klage hindernd entgegenstehen[38]); 2. wird ein wirklich ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft vorausgesetzt. Haben die Parteien eine Veräußerung gar nicht beabsichtigt, sondern nur zum Schein das Geschäft gemacht, um den Gegenstand dem Gläubiger zu entziehen: so findet dieses Rechtsmittel nicht Anwendung, vielmehr kann der Gläubiger ohne Einschränkung auf eine bestimmte Zeit das unverändert gebliebene Eigenthum seines Schuldners angreifen und auch in der Gewahr-

---

34) §§. 11, 12 a. a. O. Die Insufficienz darf auch auf andere Weise, insbesondere durch das Geständniß des Schuldners nachgewiesen werden. Pr. 1652, vom 15. Novbr. 1845.

35) §§. 4 und 5 a. a. O. S. die folg. Note.

36) §. 10 a. a. O. Bei rechtskräftig feststehenden, terminlich zu leistenden Zahlungen (Alimenten) findet die Klage nur wegen der fällig werdenden Termine, wegen welcher innerhalb eines Jahres vor Abschluß des Vertrages die Exekution verfügt worden, nicht aber wegen der künftig erst fällig gewordenen statt. Pr. 1041, vom 14. September 1841.

37) Pr. 1719, v. 28. Februar 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 126).

38) Pr. 2075, vom 4. Dezember 1848.

sam eines dritten Inhabers (des Scheinerwerbers) mit seinem Pfändungsrechte verfolgen, und zwar mit der actio judicati, kraft des ihm durch das Judikat beigelegten Titels zum Pfandrechte in dem Vermögen seines Schuldners, wobei er dessen Eigenthum mittelst Darlegung der Simulation zu beweisen hat[39]. 3. Die Klage verjährt dann von Zeit der Zulässigkeit an in derselben Zeit wie in dem Falle des formellen Konkurses (§. 587, V). 4. Mit dieser Klage kann der Gläubiger auch die Wegschaffung der von dem Erwerber auf die Sache kontrahirten und eingetragenen Schulden und Lasten fordern, soweit sie ihm seine Befriedigung verkürzen würden[40].

Zweite Abtheilung.

Einzelne obligatorische Rechtsverhältnisse.

§. 591.

Gründe der Anordnung.

v. d. Pfordten, über die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge; in seinen Abhandlungen, Erlangen 1840, S. 303 flg.

Bei der Anordnung des Rechtsstoffs in dem A. L. R. nach dem Zwecke der Anstalten und Einrichtungen (§. 8, IV) sind die Forderungsrechte als Mittel zur endlichen Erwerbung einer Sache oder eines dinglichen Rechts angesehen und nach diesem Gesichtspunkte gereihet worden. Für eine dogmatische Darstellung ist eine solche Aeußerlichkeit durchaus ungeeignet, indem sie, weit entfernt zur Erkenntniß der Wesenheit der verschiedenen Verhältnisse beizutragen und die richtige Auffassung zu befördern, Mißverständnisse veranlaßt. Der allein zweckentsprechende Gesichtspunkt, aus welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse und Einrichtungen zusammengestellt und aneinandergereiht werden müssen, ist die innere Verwandtschaft, welche Das, was mehrere Einrichtungen mit einander wesentlich gemein haben, von selbst zur Anschauung bringt.

---

39) Den Grundsatz hat das Ober-Trib. in dem Pr. 1535, vom 14. Decbr. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 355) anerkannt, aber die rechtliche Natur des Klagerechts des Gläubigers ist nicht angegeben.

40) Pr. 1719b, vom 28. Februar 1846 (Entsch. XIII, S. 126, Nr. II).

Nach diesem Gesichtspunkte zerfallen alle Obligationen in zwei Hauptgruppen: in vertragsmäßige sowie vertragsähnliche Forderungen, und in Deliktsforderungen. Die vertragsmäßigen oder vertragsähnlichen Forderungen sind entweder selbstständig oder sie dienen nur einer selbstständigen Forderung, wodurch diese Gruppe sich in zwei Arten: in selbstständige und in accessorische Forderungen scheidet. Die selbstständigen Obligationen lassen sich nach einem Umstande, welcher auf ihre Geltendmachung Einfluß hat, nämlich nach dem Gegensatze der Einseitigkeit oder Wechselseitigkeit, in vier Klassen sondern: in streng einseitige, in wesentlich einseitige aber zufällig zweiseitige, in wesentlich zweiseitige und in wesentlich zweiseitige bei der Eingehung, aber einseitige in der Erfüllung*).

Erste Unterabtheilung.

Vertragsmäßige und vertragsähnliche Forderungen.

Erster Abschnitt.

Selbstständige Forderungen.

Erstes Kapitel.

Streng einseitige Obligationen.

§. 592.

Uebersicht.

Diese Obligationen sind die einfachsten und haben das Gemeinsame, daß sie durchaus einseitig, bestimmt und durch Kondiktionen oder eine denselben analoge actio in factum geschützt sind, und in der Regel, mit Ausnahmen, nur für Dolus und grobes Versehen verantwortlich machen. In diese Klasse gehören: 1. die s. g. gesetzlichen Obligationen, welche aus einem Zustandsverhältnisse oder aus einer Begebenheit entspringen; 2. die Forderungen aus einem einseitigen Versprechen; 3. das Darlehn; 4. die Wechselverbindlichkeit; 5. die Fälle der Kondiktionen; 6. die aus der Bereicherung entstehende Forderung.

---

*) v. d. Pfordten a. a. O. S. 307.

I. Gesetzliche Obligationen (obligationes ex lege).

1. Verbindlichkeit zur Alimentation.

Löwenberg, über die Alimentationspflicht; in der Jurist. Zeitung, 1832, Sp. 81 flg.

§. 593.

a) Begriff, Grund und Erfordernisse.

I. Die Verbindlichkeit, einer Person Lebensunterhalt zu geben, d. h. sie zu ernähren und zu pflegen, heißt Alimentations-Pflicht oder Verbindlichkeit. II. Sie beruhet auf Billigkeit und entspringt aus zustandsrechtlichen Verhältnissen, sowohl natürlich als juristisch begründeten, ist aber durch gewisse Voraussetzungen bedingt. III. Diese Bedingungen sind: 1. auf der Seite des Berechtigten Bedürftigkeit, folglich muß er nicht bloß vermögenslos, sondern auch unfähig sein, seinen Unterhalt durch Anwendung seiner Geistes- und Körperkräfte zu erwerben[1]). Eine Ausnahme in Ansehung des Vermögens gilt bei Kindern in väterlicher Gewalt, von deren Vermögen die Substanz nicht angegriffen werden darf, wenn die zweite Bedingung vorhanden ist[2]). 2. Auf der Seite des Verpflichteten Ueberfluß, nach Bestreitung der eigenen Nothdurft[3]), welcher Ueberfluß zugleich die äußerste Grenze der Verbindlichkeit ist[4]). Bei der Entscheidung der Frage: ob diese Bedingung in einem bestimmten Falle vorhanden sei, kann zwar der durch Arbeitskraft zu schaffende Erwerb nicht ausgeschlossen bleiben; ob und wie fern aber ein solcher Erwerb zu berücksichtigen, bleibt in jedem einzelnen Falle, nach Maaßgabe der obwaltenden Umstände und der Verhältnisse der Betheiligten, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt[5]). Diese zweite Bedingung soll jedoch als Exzeption behandelt werden[6]). Die gesetzliche Alimentations-

---

1) II, 1, §. 251; II, 3, §. 15; II, 11, §. 595. — L. 5, §§. 7, 13, 19; L. 6, 9 D. de agnoscend. lib. (XXV, 3). — L, 8, §. 5 C. de bonis quae lib. (VI, 61).

2) II, 1, §§. 65, 161, 204. — L. 8, §. 5 i. f. C. eod.

3) II, 11, §. 595; II, 3, §§. 19, 29; II, 2, §§. 628, 629, 632. — L. 5, §. 26 D. de agnosc. vel alend. (XXV, 3); L. 2 C. de alend. lib. (V, 25).

4) L. 5, §§. 7, 10, 19, 25 D. eod. — L. 3, 4 C. eod. — Nov. 89, c. 12, §. 6.

5) Pl. Beschl. des Ober-Trib. vom 4. Novbr. 1850 (J. M. Bl. 1851, S. 11).

6) Dekl. vom 21. Juli 1843 (G. S. S. 296).

verbindlichkeit ist hiernach, wie gesagt, eine **bedingte** Obligation, nicht bloß eine **subsidiarische**[7]. Nur die des Vaters gegen das Kind in seiner Gewalt wird wie eine unbedingte behandelt.

§. 594.

b) Inhalt.

I. Einige Neuern theilen die Alimente in **nothdürftigen Lebensunterhalt** (alimenta naturalia), und in **standesmäßigen** Unterhalt (a. civilia). Diese Eintheilung liegt den landrechtlichen Bestimmungen zu Grunde[8]). Sie ist unwissenschaftlich und unpraktisch, denn auch bei dem **nothdürftigen** Lebensunterhalte muß auf Stand und Erziehung Rücksicht genommen werden. Was zu dem Einen und dem Andern zu rechnen, hängt von dem Befinden des Richters ab[9]). Die Kurkosten und die Unterrichtskosten (Schul- und Lehrgeld) gehören schon zu dem **nothdürftigen** Unterhalte[10]); Prozeßkosten gehören nicht dazu. Ausgeschlossen ist das richterliche Ermessen bei der Verbindlichkeit der Soldaten gegen ihre uneheliche Kinder, hinsichtlich welcher ein Pauschquantum gesetzlich bestimmt ist, welches jedoch auch nicht von dem Solde abgezogen werden darf[11]). Diese positive Einschränkung dauert nur so lange wie die aktive Dienstzeit[12]). II. Alle gesetzlichen Alimente sind vorauszubezahlen, in der Regel vierteljährlich[13]).

---

7) Irrig wird ihr diese Natur zugeschrieben in dem Ministerial-Erlaß vom 27. März 1834 (Jahrb. Bd. XLII, S. 115).

8) II, 1, §§. 185, 186; II, 2, §§. 252, 253. — **Berger**, Oecon. juris. L. I, Tit. 3, §. 15, Nota 14. — **Lauterbach**, Coll., XXV, 3, §. 18 u. v. A.

9) II, 1, §§. 799, 800. — Vergl. L. 1, §. 19 D. de ventre in poss. (XXXVII, 9).

10) Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber. Das A. L. R. II, 1, §. 187 sagt von der Verbindlichkeit des Ehemanns gegen die Frau das Gegentheil; hier beruhet aber die Pflicht zur Entrichtung der Prozeßkosten auf der Verbindlichkeit des Mannes zum Schutze der Frau, daher er auch nur in **Ansehung der Person**, nicht auch des Vermögens die Kosten tragen soll.

11) Auf Erziehungs- und Verpflegungskosten soll monatlich bezahlen: ein Gemeiner 20 Sgr., ein Unteroffizier 25 Sgr., ein Offizier ohne Unterschied des Ranges 2—4 Thlr. Anh. z. A. L. R. §. 83. Die Bestimmung paßt für die heutige Militairverfassung nicht. Den Erben dieser Militairs kommt das Privilegium nicht zu Statten. Pr. 851, vom 30. März 1840 (Entsch. V, 380). Auch den Militairbeamten nicht. S. unten §. 767, III und §. 778.

12) Die Meinungen darüber sind verschieden. S. jedoch Schles. Arch. Bd. III, S. 181 flg., und Centralbl. 1833, Sp. 684. — Pr. 424, vom 26. Febr. 1838.

13) I, 16, §. 61. — L. 15 pr., L. 27 D. de alim. leg. (XXXIV, 1).

§. 595.

c) Einzelne Gründe der Verbindlichkeit.

I. Eheliche Verwandtschaft, ohne Unterschied, ob sie aus einer rechtmäßigen oder aus einer ungleichen Ehe entsprungen[1]; die Verbindlichkeit aus einer Ehe zur linken Hand beschränkt sich nicht bloß auf die Aszendenten ersten Grades[2], weil nicht die agnatischen Familienrechte, sondern die Blutsverwandtschaft die Quelle davon ist. 1. Dem Vater liegt hauptsächlich die Alimentationsverbindlichkeit gegen seine Kinder ob, wozu noch die auf der väterlichen Gewalt, so lange sie dauert, beruhende Verbindlichkeit zum Schutz und zur Vertretung der Kinder tritt. Aus diesem doppelten Grunde ist die väterliche Verbindlichkeit unbedingt und von größerm Umfange, als die bloße Alimentationspflicht[3]. Wegen dieses Doppelgrundes hat der Adoptivvater gegen das Adoptivkind in seiner Gewalt eben dieselbe Verbindlichkeit[4], welche jedoch mit dieser Gewalt zugleich ganz aufhört, während die aus der Blutsverwandtschaft entspringende bloße Alimentationsverbindlichkeit, ohne Rücksicht auf juristische Gewalt, fortdauert[6]. 2. Nächst dem Vater hat die Mutter die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder[7]; die Verbindlichkeit der Mutter ist also subsidiarisch, doch mit Ausnahme des Falles, wenn die Ehe aus alleiniger Schuld der Mutter geschieden wird: in diesem Falle soll sie hauptsächlich die Erziehungskosten bis zum zurückgelegten vierten Jahre der Kinder ganz, und nachher

---

1) II, 2, §§. 251, 562—564, 612, 712.

2) Solches behauptet Löwenberg, a. a. O. Sp. 130, bezüglich auf die väterlichen Aszendenten. Dadurch würden Kinder aus einer solchen Ehe schlechter gestellt sein als uneheliche.

3) II, 2, §. 65. — L. 5 pr. §. 1 D. de agnosc. lib. (XXV, 3); L. 8, §. 5 C. de bonis quae lib. (VI, 61). — Der Vater muß daher die, die Person des Kindes angehenden Prozeßkosten als Selbstschuldner tragen. Auf irrigen Ansichten beruhet der Min.-Erlaß vom 18. April 1821 (Jahrb. XVII, 27).

4) II, 2, §§. 681, 691. — §. 8 J. de adoption. (I, 11).

5) §. 716 a. a. O. — L. 13 D. de adoption. (I, 7).

6) §§. 251, 712 a. a. O. — L. 5 pr. §. 1 D. de agnosc. lib. (XXV, 3); L. 1 C. de alend. lib. (V, 25). Eigene Schuld des Pfleglings beschränkt die Alimente auf die Nothdurft, nach aufgehobener väterlicher Gewalt. §§. 252, 253. — Krim.-Ordn. §. 604. — Gutachten der Ges.-Kommiss. vom 22. April 1803 (Rabe, Bd. VII, S. 452).

7) II, 2, §§. 64, 107. — Die gemeinrechtlichen Civilisten und Praktiker sind darüber nicht einig, wer dem Vater zunächst folgt. Recht der Ford. §. 198, I, 2.

die Hälfte tragen [8]), was sich jedoch mit Vorbehalt der Rechte der Kinder gegen den Vater versteht. 3. Die übrigen Aszendenten kommen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge an die Reihe; mehrere gleich Nahe tragen nach Verhältniß ihres Ueberflusses bei [9]), so daß, wenn Einer allein die Angelegenheit besorgt hat, er actione negotiorum gestorum Ausgleichung fordern kann. 3. Deszendenten folgen gleichfalls nach dem Grundsatze von der Erbfolge; hat der Bedürftige wohlhabende Aszendenten und Deszendenten zugleich, so gehen die Deszendenten vor [10]). Von Seitenverwandten haben nur voll- und halbbürtige Geschwister die Verbindlichkeit, den nothwendigen Unterhalt vorschußweise zu reichen; der Vorschuß muß erstattet werden, wenn die Umstände des Empfängers sich soweit bessern, daß er und die Seinigen dadurch keinen Abbruch an den Bedürfnissen leiden [11]). Andere Seitenverwandten verlieren ihr Erbrecht, wenn sie, zur Ernährung ausdrücklich aufgefordert und vermögend, nichts leisten [12]). II. Uneheliche Verwandtschaft [13]). Die uneheliche Blutsverwandtschaft, also auch die Vaterschaft [14]), wenn sie nur

---

8) §§. 105, 106, 104 a. a. O. — Der Satz kommt aus einer falschen Fassung der Auth. si pater, ad L. un. C. divortio facto (V, 24); die Novelle 117, c. 7 bestimmt etwas Anderes; der Satz ist daher auch im G. R. streitig. Recht der Ford. a. a. O.

9) II, 3, §§. 14, 17, 18, 20. Ist nach G. R. ebenfalls kontrovers.

10) II, 2, §§. 209, 251—253, verbund. mit II, 3, §§. 17, 20. — L. 5 §§. 1, 2, 13—17 D. de agnosc. lib. (XXV, 3); L. 1, 2 C. de alend. lib. (V, 25); L. 8, §. 5 C. de bonis quae lib. (VI, 61); Nov. 117, c. 7.

11) II, 3, §§. 15, 16, 21; II, 2, §. 321. Auch über die Verbindlichkeit der Seitenverwandten wird nach G. R. gestritten.

12) §§. 22—24, 29 a. a. O., entnommen aus der Nov. 115, c. 3, §. 12. S. u. §. 854, II.

13) II, 2, §§. 612—646. — Busch, theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen, und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger, aus dem Gesichtspunkte des gemeinen bürgerlichen Rechts betrachtet, Ilmenau, 1828, S. 214 flg. — Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, so wie der unehelichen Kinder, nach Gemeinem, Baierischem, Oesterreichischem, Preußischem und Französischem Rechte. München, 1836. — Die Alimentenforderung unehelicher Kinder wird mithin durch den Status, keinesweges durch eine unerlaubte Handlung (dem Kinde ist durch seine Erzeugung und Geburt kein Unrecht gethan), gegründet. Daher wird dieselbe auch nur durch die Rechte des Wohnsitzes des Kindes oder die persönlichen Rechte desselben (§. 40, I), und nicht durch das Recht, welchem der Angesprochene unterworfen ist, bestimmt. Pr. des Ober-Trib. 2158 (Pl. Beschl.) vom 21. November 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 39) und Pr. vom 1. November 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 300). Vergl. u. §. 767, III, und §. 778.

14) II, 1, §. 1015, u. II, 2, §. 612, übereinstimmend mit dem gleichförmigen, auf c. 5 X, de eo qui duxit (IV, 7) beruhenden, deutschen Gerichtsgebrauche. Recht der Ford. §. 199, und Schles. Arch. Bd. V, S. 185 flg. S. unten §. 778.

nachgewiesen werden kann, begründet ebenfalls die Alimentationsverbindlichkeit nach folgender Ordnung: 1. Der Vater. Dessen Verbindlichkeit ist, obgleich ihm die väterliche Gewalt positiv versagt wird, doch unbedingt, folglich muß er, was augenblickliches Unvermögen zu leisten hindert, später bei verbesserten Umständen Demjenigen, welcher die Ausgaben für ihn bestritten hat, erstatten. Nach Analogie des Verhältnisses geschiedener Eheleute steht ihm frei, nach zurückgelegtem vierten Jahre des Kindes dessen weitere Erziehung bei sich selbst zu besorgen; nicht aber das Kind bei einem Fremden in Pflege zu geben[15]). So lange die Mutter oder die Vormundschaft die Pflege besorgt, muß er zur Bestreitung der Kosten eine Geldsumme zahlen, deren Betrag der Richter mit Rücksicht darauf, was Leuten vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande die Erziehung eines ehelichen Kindes, nebst dem Schul- und Lehrgelde kosten würde, und mit Rücksicht auf die ortsüblichen Preise sowie das Wachsen der Bedürfnisse mit den Jahren, zu bestimmen hat[16]), wobei die Preise des Orts, wo die Erziehung geschieht, und dessen Wahl ganz in dem Gutbefinden der Vormundschaft steht, maßgebend ist[17]). Die Entbindungs- und Taufkosten gehören nicht zu den, dem Kinde schuldigen Alimenten, sondern zur Entschädigung der Mutter für ihre Person[18]), was hinsichtlich der Verjährung und der Verbindlichkeit anderer Verwand-

15) II, 2, §. 622, verglichen mit §. 95. Die Meinungen sind darüber verschieden; m. s. jedoch die Gründe in Recht der Ford. §. 199, I, 1. Durch die Weigerung der Mutter, dem Vater das Kind zur Verpflegung und Erziehung zu überlassen, wird er von der Bezahlung der Alimente an die Mutter befreit, und es ist dazu nicht nöthig, daß die Mutter ausdrücklich erkläre, daß sie die Verpflegung und Erziehung des Kindes auf alleinige Kosten übernehmen wolle; auch nicht, daß die Vormundschaftsbehörde ihre Erklärung genehmige. Pr. 282, vom 19. Juni 1837. — Der Vater hat, wenn er das Kind zu sich genommen hat, nicht das Recht, der Mutter den Zutritt zu ihrem Kinde zu versagen. Ueber dieß Recht der Mutter ist der Rechtsweg zuläßig. Pr. 249, v. 22. Mai 1837. Der I. S. des Ober-Trib. ist anderer Meinung nach dem Pr. 2291, v. 12. Mai 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 548).

16) §§. 626, 627 a. a. O. Die Praxis ist den Kindern und deren Erziehern sehr ungünstig; sie bestimmt eine unverhältnißmäßig geringe Summe, gleich Anfangs, welche für die ganze Zeit unverändert bleibt. — Die Ausnahme s. o. §. 594.

17) Schles. Archiv, Bd. III, S. 182, 186. Man ist darüber nicht einig. Nach dem Pr. 1224 des Ober-Trib. vom 29. Novbr. 1842 soll auf den Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Klage gesehen werden. Daß stimmt jedoch mit dem Satz nicht überein, daß die Festsetzung des Betrages der Alimente nicht rechtskräftig im Rechtssinne wird. S. unten Note 3, zu §. 597.

18) II, 1, §§. 1016, 1025. Abweichend vom G. R. — S. Entscheid. der Gesetz-Kommission v. 16. Juli 1789, Nr. 3 (Klein's Annal. Bd. V, S. 208). — Der §. 896, II, 20 harmonirt nicht mit jener Bestimmung. Diese ist auch handgreiflich irrig. Das Kind hat von seinem Vater Erhaltung des Leibes und Lebens zu fordern, schon als Fötus, folglich muß er ihm die zur Trennung von dem Mutterleibe nöthige Hülfe schaffen. Die Taufkosten zeigen sich selbst als Verwendung für das Kind.

ten erheblich ist. Kann die Vaterschaft um deswillen, weil die Mutter in der Conceptionszeit mit mehreren Mannspersonen fleischlichen Umgang gepflogen hat, nicht nachgewiesen werden; so haften sämmtliche „Zuhalter" solidarisch dem Kinde für die Alimente[18a]). 2. Nächst dem Vater kommt auch hier wieder die Mutter[19]), sie kann mithin für das ohne den animus recipiendi Geleistete von einem nach ihr Verpflichteten nicht Ersatz fordern, da sie nur ihre eigene Angelegenheit besorgt hat[20]). 3. Die ehelichen[21]) Großältern von väterlicher Seite und nach diesen die von mütterlicher[22]). Die Verbindlichkeit der väterlichen Großältern tritt gar nicht ein, wenn die exceptio plurium concumbentium bewiesen wird, mithin die Vaterschaft nicht festzustellen ist und deshalb die „Zuhalter" als solche dem Kinde, für die ihm entgehenden Rechte aus der Kindschaft gegen den Vater, zum Ersatze der Alimente verhaftet sind[23]). Nach der rechtlichen Natur der Verbindlichkeit ist die Festsetzung des Betrages bezüglich auf den Einen nicht präjudizirlich für den Andern, denn die Verbindlichkeit eines

---

18a) II, 2, §§. 619, 620. Ueber die Entbürdung s. u. §. 596, I.

19) II, 2, §. 630. Die hier hinzugefügte Bedingung des Ueberflusses ist jeder subsidiarischen Alimentationsverbindlichkeit eigen, wie auch die K. O. vom 17. Oktbr. 1830 anerkennt. Jahrb. Bd. XLIII, 115. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Civilisten sind verschieden. Recht der Ford. §. 199, I, 2.

20) M. Aufsatz in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 411, und Rezension in Richter und Schneider krit. Jahrb. Jahrg. 1838, S. 734. Ist sie selbst dürftig, so kann sie freilich Ersatz fordern. Das Pr. des Ober-Trib. 634, vom 23. März 1839, drückt dies so aus: Die Großältern väterlicher Seits müssen auch die von der Mutter hergegebenen Alimente, beim Unvermögen des Schwängerers, erstatten, wenn nicht der Fall des §. 630 vorhanden ist.

21) Präj. des Ober-Trib. v. 30. Juni 1801 (Stengel, Bd. XV, S. 244), und Pr. 1526, v. 10. Januar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 389). Nach dem Grunde der Verbindlichkeit müßte kein Unterschied sein zwischen ehelicher und unehelicher Verwandtschaft, wenn die letztere feststeht.

22) II, 2, §§. 628—630. Die subsidiarische Verbindlichkeit der Großältern tritt auch dann in Wirksamkeit, wenn der Vater in Königlichen Landen nicht belangt werden kann, Pr. 237, vom J. 1837; sowie alsdann, wenn der Sohn Soldat oder Unteroffizier ist. Pr. 334, vom 31. Juli 1837 (Entsch. Bd. III, S. 141). — Die Klage auf Zahlung der Alimente im Falle des Unvermögens des Vaters gegen die väterlichen Großältern kann mit der Klage gegen den Schwängerer zugleich angestellt werden. Der Einwand des subsidiarisch Verpflichteten, „daß erst das Unvermögen des Schwängerers durch den Ausfall der Exekution festgestellt werden müsse, bevor gegen ihn geklagt werden könne," wird von der Praxis nicht zugelassen. Pr. 1118, vom 21. März 1842.

23) §§. 619, 620, 653, 631 a. a. O. — Schles. Arch. Bd. V, S. 187 u. 196. Ist auch angenommen von dem I. Senat des Ober-Tribunals nach dem Pr. 1872, vom 3. Mai 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 463).

Jeden ist für sich selbstständig; daher kann die positive Einschränkung zu Gunsten der aktiven Soldaten nicht den weitern Aszendenten des Kindes, im Falle sie wegen Unvermögens des Vaters leisten müssen, zu statten kommen[24]). Die väterlichen Großältern haben übrigens auch für ihre Person die Befugniß, die Verpflegung und Erziehung des über 4 Jahr alten Enkels selbst zu besorgen[25]). 4. Uneheliche Kinder sind, ganz folgerecht, auch Aeltern und Großältern von beiden Seiten zu ernähren verbunden[26]). 5. Das Nämliche müßte auch von unehelichen Geschwistern unter einander gelten, doch ist die Verbindlichkeit auf die unehelichen Kinder derselben Mutter unter einander mit Ausschluß der ehelichen Kinder der nämlichen Frau, beschränkt[27]). II. Die Ehe. Der Mann ist verbunden, seiner Ehefrau standesmäßigen, oder, wenn er nicht mehr leisten kann, doch nothdürftigen Unterhalt zu geben[28]); und die Ehefrau ist schuldig, ihrem verarmten Manne aus den Einkünften ihres Vermögens den nöthigen Unterhalt zu reichen[29]). III. Das Patronat. Der verarmte Kirchenpatron soll für seine Person aus dem Kirchenschatze nothdürftigen Unterhalt fordern können, wenn sonst kein Alimentationsverpflichteter für ihn vorhanden[30]). IV. Das Heimathsrecht. Die aus diesem Verhältnisse erst dann, wenn kein anderer Verpflichtete mehr ist, entstehende Forderung eines

24) Das Ober-Trib. hat durch den Plenarbeschl. vom 14. Oktober 1839 das Gegentheil angenommen. Entsch. Bd. V, S. 13. — Aus denselben Gründen läßt dasselbe sich auch von der Verbindlichkeit der Mutter und jedes andern Alimentationsverpflichteten gegen das Kind behaupten, so daß das Kind von Rechts wegen jämmerlich verhungern müßte, da kein Mensch 1 M. für 20 Sgr. leben kann; aber die auf den Vater folgenden Verpflichteten überkommen nicht die Verbindlichkeit des Vaters, sondern haben ihre eigene, und zwar ist dieselbe bei Allen von der nämlichen juristischen Beschaffenheit. Deshalb ist der Plenarbeschluß ein Rechtsirrthum.

25) §. 628 a. a. O. Ist bestritten. Die in einem Reskr. vom 10. März 1839 (J. M. Bl. S. 119) für das Gegentheil vorgebrachten Gründe sind Alle nicht zutreffend. S. Recht der Ford. §. 192, I, 3, c. Der Satz ist später auch von dem Ober-Trib. angenommen worden. Pr. 1162, vom 28. Juni 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 334).

26) II, 2, §. 638. Beruhete nach dem A. L. R. die Alimentationsverbindlichkeit eines unehelichen Vaters nicht auf Verwandtschaft sondern auf einem Delikt, wie Manche glauben, so könnte die Verbindlichkeit unmöglich auch dem Kinde obliegen. Vergl. Note 13.

27) II, 3, §§. 16, 5—8. Der leitende Grundgedanke ist unklar.

28) II, 1, §§. 185, 186, 870, 871.

29) Ebend. §. 262. Ueber die Entstehung dieser, in der Bedeutung einer klagbaren Obligation dem R. R. ganz unbekannten Verbindlichkeit s. Recht der Ford. §. 200.

30) II, 11, §§. 595—597. — Recht der Ford. §. 201.

Hülfsbedürftigen gegen die Staats- oder Ortsgemeinde ist aber nicht durch eine Klage geschützt, sondern kann nur in Form einer Supplik bei der Verwaltungsbehörde geltend gemacht werden (§. 50, III, 4).

§. 596.

d) Dauer.

Die Verbindlichkeit, Alimente zu reichen, erlischt: 1. Durch Auflösung des Verhältnisses, aus welchem sie entspringt[1]), bei der Blutsverwandtschaft also durch den Tod des Verpflichteten, mithin geht die Obligation auf die Erben als solche nicht über[2]), auch die Alimentenforderung unehelicher Kinder an ihren Vater nicht[3]), wohl aber die an deren Stelle getretene Entschädigungsforderung an die „Zuhalter", weil dieselbe eine Deliktsforderung ist (§. 853, Note 11). Diese erlischt gegen die Uebrigen, wenn Einer derselben die Geschwächte heirathet und durch Anerkenntniß oder rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt ist, daß dieser wirklich einer von den „Zuhaltern" gewesen, so daß durch die nachfolgende Heirath das unehelich erzeugte Kind die Rechte eines ehelichen erwirbt[3a]). 2. Durch Wegfall einer der Bedingungen der Verbindlichkeit[4]). Bei unehelichen Kindern wird die Bedürftigkeit in der Regel mit dem Ende des 14. Lebensjahres für wegfallend angesehen, ausgenommen, wenn sie zu einem Handwerke in die Lehre gegeben werden, wo noch das Lehr- und Lossprechegeld entrichtet werden muß[5]); oder wenn der Vater selbst das Kind für ein Ge-

---

1) II, 2, §. 712. Die Alimente, welche geschiedene Eheleute einander als Ehescheidungsstrafe leisten müssen, gehören nicht hierher. II, 1, §§. 798, 809, 810, 804—808. Dagegen machen wirkliche Ausnahmen von der Regel die beiden Fälle §§. 759, 750 das.

2) L. 8, L. 5, §. 17 D. de agnosc. lib. (XXV, 3). Vermuthlich darauf gründet sich das Pr. des Ober-Trib. 2040, vom 12. August 1848, daß wenn die subsidiaire Verbindlichkeit der Großältern zur Alimentation des unehelichen Kindes ihres Sohnes bei deren Lebzeiten nicht geltend gemacht ist, ein Anspruch gegen ihre Erben dieserhalb nicht stattfindet. Das liegt in der Natur dieser Verbindlichkeit.

3) Irrig hierin das gedachte Reskr. (Note 25), welches seinen Beweis aus erbrechtlichen Bestimmungen hernimmt, die hier nicht passen. Aber als eine Nachlaßschuld behandelt das A. L. R. die noch künftige Alimentenforderung. II, 1, §. 1119; II, 2, §. 647.

3a) II, 2, §§. 596, 619, 620. Pr. 1342, vom 10. Oktober 1843 und vom 20. September 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 290).

4) Der §. 461 der Konkursordnung sollte eigentlich nur in dem Konkurse über das Vermögen des unehelichen Vaters und das des „Zuhalters" gelten.

5) II, 2, §§. 633—635. Recht der Ford. §. 203, Nr. 2.

werbe bestimmt, wozu es noch vorbereitet werden muß, ohne sich seinen Unterhalt erwerben zu können; oder wenn das Kind durch Krankheit, Mißbildung oder Gemüthsbeschaffenheit an der Erwerbung des Unterhalts verhindert ist[6]), in welchen Fällen die Verbindlichkeit so lange dauert wie das Bedürfniß. 3. Dadurch, daß die Person oder die Kräfte des Alimentarius der Botmäßigkeit des Verpflichteten willkürlich entzogen werden, weil ihm die möglichen Leistungen des Pfleglings zustehen[7]). — Undank oder Beleidigungen, welche Enterbungsursachen sind, heben die Verbindlichkeit nicht auf, sondern beschränken sie nur auf das Nothdürftige[8]). Auch der Verzicht auf künftige Alimente ist wegen des davon betroffenen Interesses des Gemeinwesens ohne Wirkung; rückständige Alimente können, wie jede andere Forderung, erlassen werden[9]).

§. 597.

e) Alimentenklage.

I. Die heutige Alimentenklage ist aus zwei, wesentlich verschiedenen, Rechtsmitteln zusammengesetzt: aus dem, für den zum Grunde gelegten Zustand geeigneten, Präjudizium[1]), und aus der Kognition des Prätors über die Bedingungen der Verbindlichkeit und den Betrag der Alimente[2]). Das darauf ergehende Urtel hat nur bezüglich auf das Präjudizium die Natur eines Richterspruchs, welcher rechtskräftig wird; in seinem zweiten Theile hat es noch jetzt die Natur eines Dekrets; welches von demselben Richter, nach der jeweiligen Aenderung der Umstände, wieder

---

6) §§. 636, 637 a. a. O. Die letztere Ausnahme tritt auch alsdann ein, wenn das Kind später unvermögend wird, seinen Unterhalt zu erwerben.

7) Darauf beruhet es, daß ein Ehegatte den Andern im Schuldarrest zu unterhalten nicht schuldig ist; der Extrahent muß hier die Alimente als Exekutionskosten vorschießen, wofür er sich die Kräfte des Schuldners zu Nutze machen kann. Anders ist es mit dem Untersuchungs- und Strafarrest. Gutachten der Ges. Kommiss. vom 22. April 1803 (Rabe, Bd. VII, S. 452). Deklarat. vom 20. Oktbr. 1822 (G. S. S. 216).

8) II, 2, §. 253. Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber. Recht der Ford. §. 203, Nr. 5.

9) I, 16, §§. 212, 213. Rückstände stehen gewöhnlich einem Dritten zu.

1) S. o. §. 200, II, 3, Ausnahme 2, a. — L. 5, §. 9, 18, L. 3, §. 1 D. de agnosc. vel alend. lib. (XXV, 3); L. 1, §. 1 D. de inspiciendo ventre (XXV, 4); L. 9 C. de patria pot. (VIII, 47).

2) L. 3 pr. §. 4 D. ubi pupillus (XXVII, 2). — L. 5 pr. §. 8, 18 D. de agnosc. lib. (XXV, 3).

abgeändert werden kann, d. h. derselbe Richter kann, wenn die eine oder die andere Partei eine solche Veränderung behauptet, daß die dem Angesprochenen aufgelegte Leistung ganz oder theilweise wegfallen, oder erhöht werden, oder die früher dem Ansprechenden versagte Leistung nunmehr eintreten müßte, immer von Neuem, salvis remediis, darüber erkennen, ohne daß ihm res judicata entgegensteht[3]); nur über die Frage: ob der zum Grunde liegende Zustand vorhanden (über das Präjudizium), findet kein zweiter Rechtsspruch statt. Das den Beklagten zur Reichung von Alimenten unbedingt verurtheilende Urtel erster Instanz ist provisorisch vollstreckbar[4]). II. Für eine vergangene Zeit steht dem Alimentationsberechtigten in dieser Bedeutung die Klage nicht zu, vielmehr hängt es von den vorgegangenen Handlungen ab: ob er ein Klagerecht hat, und von welcher Art es ist. Hat er sich die Mittel auf Rechnung des Verpflichteten verschafft, so steht ihm die Geschäftsführungsklage, verbunden mit dem Präjudizium, zu; hat er nichts gethan und passiv den ihm von Andern gereichten Unterhalt angenommen, so hat er für seine Person gar kein Klagerecht[5]). III. Mehrere gleich nahe Verpflichtete haften dem Berechtigten gegenüber solidarisch, unter sich aber nach Verhältniß ihres Vermögens; Jeder kann also wegen Dessen, was er leistet, von den Uebrigen, nach Art des Theilungsverfahrens, Ausgleichung fordern[6]).

---

3) Den Grundsatz erkennt das Ober-Trib. in dem Pr. 1237, v. 12. Decbr. 1842 an, wonach ein in einem Kompetenzverfahren ergangenes rechtskräftiges Erkenntniß, durch welches einem Gemeinschuldner eine Kompetenz mit Rücksicht auf sein Bedürfniß zugesprochen worden ist, nicht die Wirkung hat, daß es einen vom Schuldner späterhin auf Grund veränderter Umstände und eines vermehrten Bedürfnisses erhobenen neuen Anspruch auf Erhöhung der durch jenes Urtel festgesetzten Kompetenz, unbedingt ausschließt.

4) A. G. O. I, 14, §. 6, Nr. 1; Anh. §. 112. Analog dem prätorischen alimentum decretum. L. 5, §. 9, 18 D. eod. — L. 9 C. de patria potest. (VIII, 47).

5) Schles. Archiv, Bd. IV, S. 123 flg.

6) II, 3, §. 20. — Die Frage ist streitig. Recht der Ford. §. 204, II. Das Ober-Trib. ist nach seinem Pr. 1202, vom 10. Oktober 1842 anderer Meinung. Dort wird gesagt: „das durch Blutsfreundschaft begründete Recht auf Alimente, auch das der Aeltern gegen ihre Kinder, muß, wenn mehrere gleich nahe verpflichtete Verwandte vorhanden sind, gegen alle in einem gemeinschaftlichen Verfahren geltend gemacht werden. Die Klage gegen Einen unter ihnen in solidum, mit Freilassung eines Regresses gegen die übrigen, ist als unstatthaft zurückzuweisen." Darnach wird dem Berechtigten sein Recht so zugeschnitten, daß er keinen Gebrauch davon machen kann. Die Verbindlichkeit kann, da sie eine bedingte ist, gegen den Einen begründet sein und gegen die Andern nicht; gegen diese soll er also wider seinen Willen mit klagen und sich abweisen lassen müssen. Außerdem kann ja das gemeinschaftliche Judicium faktisch ganz unmöglich sein;

§. 598.

f) Zurückforderung gegebener Alimente.

Ueber das Recht der Zurückforderung gegebener Alimente; in Elvers Themis, Bd. II, S. 270 flg.

I. Von dem in bessere Umstände gekommenen Empfänger der Alimente können nur Geschwister, wenn sie mit Vorbehalt geleistet haben oder wenn sie wider Willen von dem Richter dazu angehalten worden sind, das Geleistete zurückfordern; andere Nichtverpflichtete unter der gleichen Voraussetzung einer bestimmten, auf künftige Zurückforderung gerichteten, Absicht [7]). Ist statt der Naturalverpflegung, welche von selbst mit dem Bedürfnisse zugleich, namentlich mit dem Tode des Bedürftigen ein Ende nimmt, Geld vorausgezahlt: so muß das noch Unverbrauchte zurückgegeben werden, weil insoweit unter einer nicht eingetretenen Voraussetzung geleistet worden ist [8]). II. In wiefern von einem Dritten Erstattung des Geleisteten gefordert werden kann, hängt lediglich davon ab: ob fremde Angelegenheiten haben besorgt werden wollen und mithin die Geschäftsführungsklage erworben worden ist; es gehört zur Begründung der Klage: die Absicht und die Erfordernisse der Geschäftsführung positiv zu behaupten, was auch von einem subsidiarisch Verpflichteten in Beziehung auf den vorzüglich Verpflichteten gilt [9]). Dieser Klage steht der Einwand der kurzen Verjährung nicht entgegen [10]).

---

von der Zufälligkeit aber, daß es möglich ist, kann nach allgemeinsten Rechtsgrundsätzen das Recht nicht abhangen. Das A. L. R. versteht unter der gemeinschaftlichen Haftung eine Solidarhaftung, dem Berechtigten gegenüber, I, 5, §. 427. Die Vorschrift des §. 20, II, 3, wonach Mehrere den Unterhalt gemeinschaftlich bestreiten sollen, nach Verhältniß ihres Vermögens, ist auf das Verhältniß unter den mehreren Verpflichteten, nicht auf das zwischen ihnen und dem Berechtigten zu beziehen.

7) §. 21 a. a. O. Gemeinrechtlich sind die Meinungen verschieden.

8) Eine besondere Bestimmung darüber fehlt; die Meinungen sind verschieden. Die L. 8 D. de annuis leg. (XXXIII, 1), welche das Gegentheil bestimmt, bezieht sich auf Willenserklärungen (Vermächtnisse), und entscheidet hier bei den gesetzlichen Verpflichtungen nicht.

9) M. s. die Gründe der richtigen Entscheidung des Rechtsfalls in der Jur. Wochenschrift, 1836, S. 411 flg.

10) Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 227.

§. 599.

2. Verbindlichkeit zur Beerdigung.

I. Die Verbindlichkeit zur Beerdigung hat soweit, als die Verlassenschaft des Verstorbenen dazu nicht hinreicht[1]), Derjenige, welcher den Verstorbenen zu alimentiren schuldig gewesen sein würde[2]). Anwendungen dieses Grundsatzes sind: 1. Der überlebende Ehegatte muß den Vorversterbenden beerdigen lassen, soweit er dazu vermögend (in quantum facere potest), also mit Vorbehalt der Kompetenz[3]). 2. Der uneheliche Vater eines verstorbenen Kindes hat für dessen Begräbniß die Kosten zu tragen, wenn dasselbe in der Zeit stirbt, wo ihm der Vater Unterhalt geben muß[4]). Der Schwängerer muß die in den Wochen, in welchen er sie zu verpflegen hat, sterbende Geschwächte beerdigen lassen[5]). II. Der Betrag beschränkt sich auf das mit Rücksicht auf den Stand zu bestimmende Nothwendige, worüber der Richter nach seinem Ermessen zu befinden hat, wenn nicht eine gesetzliche Bestimmung für den Fall in Rede gegeben ist (§. 496, III, 5). III. Die Verbindlichkeit kann unfreiwillig erfüllt werden: 1. durch den dazu von der Obrigkeit gezwungenen Verpflichteten selbst; 2. durch Wegnahme der nöthigen Mittel aus dem Vermögen desselben und Besorgung des Begräbnisses durch einen damit von der Obrigkeit Beauftragten; 3. durch unbeauftragte Besorgung Seitens eines Dritten, welcher mit der im Konkurse besonders bevorzugten actio funeraria (§. 496, III, 5), die eine Species der actio negotiorum gestorum contraria ist und durch dieselben Erfordernisse wie Diese begründet werden muß[6]), seine Auslagen

---

1) I, 11, §. 470; II, 1, §. 435; A. G. O. I, 50, §. 362. — L. 1, L. 14, §. 1, 13, L. 18, L. 12, §. 3, L. 45 D. de religiosis (XI, 7).

2) Der Grundsatz ist von der gemeinrechtlichen Gerichtspraxis hingestellt und auch für das Pr. R. anerkannt. Gutachten der Gesetz-Kommiss. vom 15. Sept. 1801 (Rabe, Bd. VI, S. 584).

3) II, 1, §. 435. — L. 28 D. eod.

4) Anh. z. A. L. R. §. 84; Gutachten der Ges. Kommiss. vom 15. Septbr. 1801 (Note 2). Die Einschränkung auf die gedachte Zeit entspricht nicht dem Grundsatze.

5) II, 1, §. 1018. Auch im Falle des Selbstmordes? Ich meine nein. Bei dauernden Verbindlichkeiten ist es freilich anders als bei bald vorübergehenden.

6) L. 14, §§. 7—9 D. de religiosis (XI, 7).

wieder einfordert. Wer auf Dessen Verlangen Sachen oder Arbeiten geliefert oder Geld vorgestreckt hat, kann nicht diese Klage gebrauchen, sondern muß sich an seinen Kontrahenten halten [7].

§. 600.

3. Verbindlichkeit zur Ausstattung.

I. Diese beruhet wesentlich auf den nämlichen Gründen, aus welchen die beiden vorigen Obligationen entspringen. Die Bestimmungen des A. L. R. sind unhistorisch [1]) und unklar. Von den beiden im G. R. vorkommenden Instituten der Dos und der Aussteuer der Töchter bei der Verheirathung ist nur die Letztere oder besser eine der Letztern ähnliche Ausstattung, die aber auch den eine eigene Wirthschaft anstellenden Söhnen zustehen soll [2]), aufgenommen. Die Verbindlichkeit zur Ausstattung beschränkt sich lediglich auf die Mittel zur ersten Einrichtung, eine Mitgabe oder ein Brautschatz kann außerdem von Aeltern selbst dann nicht gefordert werden, wenn sie eine Mitgabe ohne Bestimmung einer Summe oder Sache versprochen haben [3]). Nur der Vater, sodann die Mutter und nach den Aeltern die bereits ausgestatteten Geschwister, haben diese Verbindlichkeit unter den bei der Alimentationspflicht vorkommenden Voraussetzungen, daß der Auszustattende kein eigenes Vermögen und der Verpflichtete Ueberfluß hat [4]); uneheliche Kinder können von dem Vater nichts fordern [5]). Nochmalige Ausstattung kann eine bereits verheirathet gewesene Tochter oder ein verarmter Sohn unter keinen Umständen verlangen [6]). Wird neben der Ausstattung einer heirathenden Tochter, welche eigenes Vermögen in den Händen der Aeltern hat, ein Brautschatz, oder dem Sohne eine Mitgabe gegeben, so darf das Ge-

---

7) A. G. O. I, 50, §. 365.

1) Das von Suarez hierbei in seinen amtlichen Schlußvorträgen als Muster bezeichnete R. R. ist ganz bei Seite gelassen. Jahrb. Bd. XLI, S. 138.

2) Ist deutschrechtlich. Möser, über die Absteuer der Töchter der Landbesitzer; in den patriotischen Phantasien, Bd. IV, S. 216.

3) II, 2, §§. 243, 244. Es sei denn durch einen lästigen Vertrag. Siehe Note 10.

4) §§. 232—234, 236, 320 a. a. O. — II, 18, §§. 339, 340.

5) Der Entwurf, §. 467 d. T., hatte vorgeschlagen, den unehelichen Vater zur Ausstattung zu verpflichten. Gemeinrechtlich ist die Frage streitig.

6) II, 2, §. 242. Ist gemeinrechtlich bestritten.

gebene darauf, auch ohne erklärten Vorbehalt, angerechnet werden[7]. Haben die Kinder kein Vermögen, so wird vermuthet, der Brautschatz oder die Mitgabe sei aus dem Vermögen des Vaters, und, wenn dieser nicht mehr am Leben, aus dem Vermögen der Mutter, ohne Beisteuer des wenngleich consentirenden Stiefvaters, wenn aber allgemeine Gütergemeinschaft stattfindet, aus dem gemeinschaftlichen Vermögen genommen worden[8]. Eine Tochter, welche ohne älterliche Zustimmung heirathet, hat, wenn der Widerspruch nicht etwa als unbegründet von dem Richter verworfen worden ist, keine Ausstattung zu fordern, weil das Bedürfniß fehlt, wenn sie wider den Willen der Aeltern, in der Lage wie sie alsdann ist, genommen wird[9]. II. Eine Klage aus dieser Verbindlichkeit gegen die Aeltern findet nicht statt, vielmehr gilt zuletzt, wenn der dem Vormundschafts-Richter vorgeschriebene Versuch der Güte fehl schlägt, der deutschrechtliche Satz: wer nicht will, giebt keine Ausstattung. Gegen bereits ausgestattete Geschwister findet bei Lebzeiten des Vaters gleichfalls kein Zwang statt: erst bei der väterlichen Erbtheilung müssen sie sich, im Falle des Unvermögens der Mutter, die Ausmittelung der den unversorgten Geschwistern schuldigen Ausstattung, welche höchstens ein Drittel der empfangenen eigenen Ausstattung betragen kann, gefallen lassen[10].

§. 601.

4. Verbindlichkeit zur Bestellung einer Grundgerechtigkeit.

A. L. R. I, 22, §§. 3—10. — M. Abh.: Die gesetzliche Verbindlichkeit zur Bestellung einer Servitut, nach Gemeinem und Preußischem Rechte; im Schles. Archive, Bd. IV, S. 200 flg. — Fr. Th. Boele, die sogenannte nothwendige Servitut in ihren verschiedenen praktischen Beziehungen; im Neuen Arch. für Preuß. Recht und Verfahren, Bd. I, S. 25 flg. — Elvers, über die theoretisch-praktische Begründung und Ausbildung der gemeinrechtlichen Lehre vom Nothwege; in Dessen Themis, Bd. I (Göttingen 1827),

7) §. 245 a. a. O. Schles. Archiv, Bd. IV, S. 361. Pr. 2217 (XX, 284). War gleichfalls kontrovers, und ist, wie die vorige Frage, nach der richtigen Meinung entschieden.

8) §§. 246—248 a. a. O. — Wird bei der künftigen Erbtheilung praktisch wichtig. §§. 303 ff.

9) Ist streitig. S. Recht der Ford. §. 207. Vergl. II, 1, §§. 997, 998.

10) II, 2, §§. 238—241; 313—322. Ist die Verbindlichkeit zur Ausstattung vertragsmäßig übernommen, z. B. bei der Auseinandersetzung mit den Kindern wegen des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten, so findet allerdings der Rechtsweg statt.

S. 73 flg. 543 flg. — Reinhardt, über die richterliche Feststellung einer nothwendigen Fahrt- oder Wegegerechtigkeit; in Dessen Abhandlungen über einige wichtige Gegenstände des Criminal- und Civilrechts, Gera 1830, Abh. 30.

I. Der Grund dieser Verbindlichkeit ist ebenderselbe publizistische, aus welchem jede gesetzliche Einschränkung des Eigenthums und die Expropriation gerechtfertigt wird (§. 235 Nr. 2). Folgerecht sollte daher über die Nothwendigkeit nicht der Richter, sondern die Staatsregierungsbehörde zu befinden haben. Das Pr. R. hat jedoch den deutschen Gerichtsgebrauch, welcher den Richter damit betrauet, beibehalten. Bezüglich auf die Begründung einer zu erzwingenden Grundgerechtigkeit gelten folgende Grundsätze [1]: 1. Jedem Grundstücke kann ohne besondern Titel jede Einschränkung, ohne welche ein anderes Grundstück, wenn auch nur theilweise, ohne Zuthun des Besitzers, völlig [2]) unbrauchbar sein würde, gegen sofort festzustellende und zu leistende [3]) Vergütung aufgelegt werden. 2. Sind jedoch durch die mit einem Grundstücke unternommenen Veränderungen in der Gestalt, Hauptbestimmung oder Nutzungsart desselben erhebliche Verbesserungen bewirkt worden, so sind die dazu nothwendigen Einschränkungen oder Belastungen eines andern Grundstücks in soweit, als dadurch dessen Eigenthümer selbst nicht in dem bisherigen freien Gebrauche desselben gestört, oder selbst an möglichen nützlichen Verbesserungen verhindert wird, zulässig [4]). 3. Dergleichen Grundgerechtigkeiten dauern nur so lange als das Bedürfniß des begünstigten Grundstücks. II. Wenn in Folge eines unter den Besitzern beider Grundstücke geschlossenen und vollzogenen Rechtsgeschäfts die Belastung des Einen zum Gebrauch des Andern nothwendig wird, wie z. E. bei Zerstückelungen die Wegerechtigkeit über die vorliegenden Stücke für die Eingeschlossenen, so liegt die Einräumung der nothwendigen Belastung

1) I, 22, §§. 3, 4, 8—10. — Edikt vom 15. Novbr. 1811, §. 14 (G. S. S. 352).

2) Unbequemlichkeit, Umwege und Kosten begründen den Anspruch nicht. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 53 flg.

3) Die Gegenleistung ist Bedingung der Verpflichtung des zu Belastenden, eben so wie der von dem Prätendenten zu führende Nachweis der Nothwendigkeit. Deshalb muß Beides gleichzeitig in einem und demselben Verfahren erfolgen. Es ist ganz unzulässig und rechtsverletzend, wenn der Richter auf den bloßen Nachweis der Nothwendigkeit den zu Belastenden zur Bestellung der Servitut verurtheilt und ihn mit seiner Gegenforderung auf Vergütung **ad separatum** verweiset. Servitutbestellung und Vergütung muß Zug um Zug geschehen. Erk. des Ober-Trib. vom 21. Januar 1851, $^{1863}/_{51}$, 50, wodurch ein Ratiborer Appellationsurtel vom 18. April 1850 kassirt worden.

4) Angewendet ist dieser Satz auch auf Anlegung von Bewässerungsanstalten in dem Ges. vom 28. Februar 1843, §§. 24, 25 (G. S. S. 46).

stillschweigend in dem Geschäfte und es bedarf nicht der Bestellung einer sog. nothwendigen Grundgerechtigkeit[5]), vielmehr kann die schon durch jenes Geschäft begründete Servitut actione confessoria vindizirt werden[6]). III. Gegen den Anspruch auf Einräumung einer Servitut ist der Einwand: daß die verlangte Begünstigung mit geringerem Nachtheile auf einem andern Grundstücke eingeräumt werden könne, statthaft. Wird derselbe angebracht, so muß der Besitzer des bezeichneten Grundstücks als Adzitat in das Verfahren gezogen werden[7]). IV. Die richterliche Bestimmung begründet eine wahre wechselseitige Obligation, welche, wenn die Vergütung in einmaliger Leistung (Kapital) besteht, die Natur eines Kaufs mit der Verbindlichkeit zur Gewährleistung hat und wieder aufgelöst wird[8]), sobald das Grundstück durch Zufall zur Dienstleistung untauglich wird; wenn die Gegenleistung aber eine jährliche Leistung, ein Miethsverhältniß ist, vermöge Dessen die Leistung aufhört, wenn das Grundstück nicht mehr benutzt werden kann[9]). V. Die Kosten, welche durch die Untersuchung der Nothwendigkeit und Ausmittelung des zu belastenden Grundstücks, sowie durch die Bestellung der Servitut entstehen, und nicht durch Ungehorsam und bösen Willen des Betroffenen verursacht worden, muß der Begünstigte allein tragen[10]).

---

5) Schles. Archiv, Bd. IV, S. 212. — L. 40, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 6); L. 81, §. 3 D. de leg. I; L. 20 pr. si servitus vindicetur (VIII, 6).

6) L. 10 D. de religiosis (XI, 7); L. 8, §. 4 D. si servitus vind. (VIII, 6). — Vergl. Schles. Archiv a. a. O. S. 219; A. L. R. I, 12, §§. 305, 325; I, 11, §. 124.

7) Schles. Archiv a. a. O. S. 227 flg. Der Forderer kann sich den Weg auch nicht willkührlich wählen, sondern muß sich in der Regel mit demjenigen Wege begnügen, den ihm der Nachbar, als den seinem Grundstücke am wenigsten lästigen, anweist. Pr. 1027, vom 31. Juli 1841.

8) Dieses und daß demzufolge das Kaufgeld zurückgezahlt werden soll, ist anomalisch.

9) S. o. §. 340 a. E. und die Note 19 dazu, Bd. I, S. 536. Danach ist die von mir früher für irrig gehaltene Meinung Boele's, a. a. O. S. 45, richtig, und was im Schles. Archiv IV, S. 237, und Recht der Ford. §. 209 a. E. darüber gesagt ist, fällt weg.

10) Der Grund ist, weil der Betroffene zu dem Ansprechenden in gar keinem Verhältnisse steht, sondern nur aus allgemeiner Staatsbürgerpflicht sich gefallen lassen muß, daß demselben die Staatsobrigkeit zu Hülfe kommt, und dazu das Eigenthum des Betroffenen verwendet. Diese Verwendung soll jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen geschehen; der Angesprochene hat also ein Recht darauf, daß zuvörderst festgestellt werde: ob jene Voraussetzungen in der That vorhanden.

§. 602.

5. Verbindlichkeit zur Kautionsbestellung für befürchteten Schaden.

I. Diese Verbindlichkeit bezieht sich auf baufällige Gebäude der Nachbarschaft. Eine Verbindlichkeit zur Bestellung einer cautio damni infecti giebt es nicht, sondern die Obrigkeit (der Prätor) machte es dem Bedrohten möglich, auf seine Kosten in dem Gefahr drohenden Grundstücke des Nachbars sichernde Veranstaltungen zu treffen, wenn der Nachbar sich nicht zu seiner Verbindlichmachung für den künftigen Schaden verstehen wollte. Die Erstattung der Verwendungen erzwang der Bedrohte durch Zurückhaltung des ausgebesserten Gebäudes, welches ihm zuletzt, wenn der Nachbar sich zu nichts verstehen wollte, wie ein verlassenes Grundstück von dem Prätor eigenthümlich zugeschlagen wurde (missio in possessionem ex secundo in decreto). Gemeinrechtlich ist dieses Rechtsmittel wesentlich noch in Gebrauch, indem der ordentliche Richter auf Ansuchen des Bedrohten den Besitzer des gefährlichen Grundstücks verurtheilt, für Beschädigungen durch dasselbe dem Bittsteller Kaution zu leisten [1]). II. Das Pr. R. hat dieses Institut aus dem Privatrechte ausgeschieden. Die Unterlassung der Reparatur an Grundstücken ist, wenn durch deren Einsturz oder Abfall Andern Schaden geschehen kann, ein strafbares Vergehen, woraus für den Beschädigten eine ordentliche Klage auf Schadloshaltung gegen den Eigenthümer oder den Nutzungsberech-

---

Nur wenn dieses der Fall, kann ihm die Belastung zugemuthet werden. Die Kosten der Darlegung dieser Erfordernisse hat kein Anderer zu tragen, als der, welchem an der Vergünstigung gelegen; zur Wiedererstattung solcher nothwendigen Kosten hat Niemand eine Verbindlichkeit. Wegen dieses Mangels eines Rechtsverhältnisses finden die ein solches voraussetzenden Grundsätze über Prozeßkostenerstattung keine Anwendung. — Die Herausgeber der 2. Ausg. der Ergänzungen machen darauf zu I, 22, §§. 3—10, Nr. 6 die Anmerkung, daß diese Ansicht nicht gerechtfertigt scheine; wenn der zu Belastende dem Antrage auf Grund von Einwendungen widersprochen, welche bei demnächstiger Erörterung verworfen worden, so trage er nach den betr. allgemeinen Prinzipien die Kosten. — Mit dergleichen Anmerkungen aus dem Stegreif ist nichts widerlegt; der Verf. hat das Punktum gar nicht gesehen und daher nicht berührt: man muß den besondern Grund suchen, aus welchem die Verbindlichkeit zur Erstattung von Kosten folgt; die sogenannten „betreffenden allgemeinen Prinzipien" sind unbekannte Größen: die Grundsätze des §. 2 u. 3, Tit. 24, Th. I der A. G. O. setzen ein besonderes Rechtsverhältniß und dessen Verletzung voraus. Daran fehlt es hier. Wenn also jene Bestimmungen unter den „betr. allgemeinen Prinzipien" gemeint sind; so muß dargelegt werden, daß deren Voraussetzungen vorhanden oder warum es darauf hier nicht ankommen soll.

1) Das Nähere s. Recht der Ford. §§. 210—217, Bd. III, S. 95 flg.

tigten, bei Bauen gegen den Bauunternehmer entsteht [2]). Den durch gefährliche Baulichkeiten oder Zustände [3]) von Grundstücken drohenden Schaden wendet die Polizei dadurch ab, daß sie den Eigenthümer oder Nutzungsberechtigten zwingt, Vorkehrungen zu treffen, oder daß sie, wenn solches wegen Unvermögens desselben erfolglos ist, das Grundstück durch den Realrichter in öffentlicher Subhastation verkaufen und dem Ersteher zur Bedingung machen läßt: den gefährlichen Zustand abzuändern (§. 236, Nr. 3). Findet sich kein Käufer und wollen auch die Hypothekargläubiger weder die Mittel zur Sicherung gegen Gefahr herbeischaffen, noch auch, nach der Rangordnung, zur eigenthümlichen Uebernahme des Grundstücks, gegen die Verbindlichkeit zur Wiederherstellung, sich verstehen: so wird das Grundstück der Obrigkeit zugeschlagen, welche dann die erforderlichen Vorkehrungen durch Wiederherstellung oder Abtragung zu treffen hat [4]). Durch den Zuschlag erlöschen, wie bei dem nothwendigen Verkaufe wegen Schulden (§. 372, IV), alle Hypotheken [5]), und die von der Obrigkeit auf die Abwendung der Gefahr gemachten Verwendungen werden aus den Kaufgeldern vor Befriedigung der Hypothekargläubiger erstattet. III. In welchen andern Fällen Kaution zu leisten (§. 204), ist im Allgemeinen nicht zu bestimmen [6]).

§. 603.

6. Operis novi nunciatio.

Die Obligation, welche durch das formlose Verbot einer Privatperson gegen Jemand, der ein opus novum in solo (ein Bauen oder Niederreissen) unternommen hatte, begründet wurde und darin bestand, daß der Unternehmer das Werk in dem Zustande, in welchem es sich in dem Augenblicke des Verbots befand, bis auf Weiteres stehen lassen mußte [7]), kennt das Pr. Recht

---

2) I, 8, §§. 37 ff. Straf-Ges. B. §. 202 und 345, Nr. 10—12.

3) Dergleichen natürliche Zustände treten in Gebirgsgegenden ein. Vergl. **Weiske**, Quaestiones juris civilis in usum fori comparatae, Zwickau 1831, S. 1 flg. Dazu: Hallesche Lit. Zeit., 1834, Erg. Bl. S. 22.

4) I, 8, §§. 38—64. Die Obrigkeit ist hier die Stadtgemeinde.

5) I, 8, §. 53. — L. 15, §. 24, 25 D. de damno inf. (XXX, 2).

6) I, 14, §. 180. Es versteht sich, und schon die Stellung im System zeigt es, daß ein obligatorisches Recht zum Grunde liegen muß; man hat darüber gestritten: ob es ein dingliches oder ein persönliches Recht sei.

7) Recht der Ford. §§. 218—221.

nicht; dieser außergerichtliche Widerspruch gegen ein von Jemand neu unternommenes Werk hat nur die Wirkung einer Protestation, falls er noch vor der Vollendung, und sogleich nach erhaltener Nachricht von dem Unternehmen, erhoben wird: in diesem Falle kann der Widersprechende, wenn er ein Recht dazu nachweis't, die Herstellung des frühern Zustandes fordern, sonst muß er das Werk stehen lassen und kann nur Entschädigung fordern [8]).

§. 604.

7. Verbindlichkeit zur Wegnahme von Anstalten Behufs Ableitung des Regenwassers (actio aquae pluviae arcendae).

I. Diese Verbindlichkeit bezieht sich auf angrenzende Boden-Grundstücke. Das R. R. hat den Grundsatz, daß das tiefer liegende Grundstück das wild ablaufende Regenwasser aufnehmen muß, wogegen das Pr. R. dem unterhalb liegenden Grundeigenthümer ein Stauungsrecht beilegt (§. 237, Nr. 1). Gegen künstliche Anstalten aber und gegen natürlich entstandene Veränderungen des Bodens, durch welche das Regenwasser einen bestimmten Lauf erhielt, wurde nach R. R. diese Klage, von welcher die allgemeinen Grundsätze der Verbindlichkeit zur cautio damni infecti entlehnt sind, auf Wegschaffung der Wasserleitung gegeben. Nach Pr. R. ist diese Forderung, auf Grund des Stauungsrechts, in den meisten Fällen schon mit der Eigenthumsklage durchzusetzen, wenn der Fall nicht ein solcher ist, wo Vorfluth verschafft werden muß (§. 237). Die Eigenthumsklage reicht jedoch nur dann aus, wenn der oberhalb oder unterhalb liegende Grundbesitzer beabsichtigt, mit oder ohne vorgeblichen besondern Rechtstitel in das Eigenthum des Andern einzugreifen. Wenn hingegen die Wasserleitung ohne solche Absicht oder gar ohne Zuthun des Andern entstanden, so fehlen die Erfordernisse der negatorischen Eigenthumsklage und es kann nur nach den Grundsätzen von der cautio damni infecti geholfen werden. II. Welche Behörde über die Klage des unterhalb liegenden Grundbesitzers zu urtheilen habe, ist nicht bestimmt; die Anordnung, daß die Landespolizeibehörde über Vorfluthssachen befinden soll, bezieht sich auf Ableitung stehenden Wassers [9]).

---

8) I, 9, §§. 332, 342; I, 22, §. 43. — Pr. 288, vom 30. Juni 1837. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 179 flg. S. o. §. 237 u. 249.

9) Edikt vom 15. Novbr. 1811, §. 5, 15 (G. S. S. 352).

Daß eine Justizsache vorliegt, wenn der obere Grundbesitzer aus einem besondern Rechtstitel befugt zu sein vermeint, das Regenwasser auf das Grundstück eines Nachbars abzuleiten, ist nicht zweifelhaft; die Frage bezieht sich auf den Fall, wenn er gar keinen besondern Grund hat, sondern aus allgemeinen staatsbürgerlichen Rechten Vorfluth zu nehmen berechtigt zu sein vermeint, sowie auf den Fall, wo dem untern Grundbesitzer gegen Beschädigung nur nach den Grundsätzen der Verbindlichkeit zur Bestellung einer cautio damni infecti geholfen werden kann. Folgerecht müssen diese Sachen aus denselben Gründen, aus welchen die Kompetenz in Sachen aus der Verbindlichkeit zur Bestellung der cautio damni infecti, von welcher die hier besprochene Verbindlichkeit nur eine Species ist, den ordentlichen Gerichten entzogen (§. 602), vor die Polizei gehören, zumal es sich darin um Verschaffung der Vorfluth aus allgemeinen polizeilichen Gründen handelt. Auf Streitigkeiten zwischen Stauungsberechtigte unter einander über das Recht zur Wasserbenutzung findet jedoch der Grundsatz nicht Anwendung, weil es sich dabei um ein einer Partei zustehendes Privatrecht handelt, und die Fälle dieser Art im Allgemeinen zum Rechtswege gehören, wovon der §. 5 des E. v. 15. Nov. 1811 nur eine Ausnahme in dem Falle macht, wo das Interesse der Bodenkultur mit dem des Stauungsberechtigten in Kollision tritt und keine besondern Rechtstitel geltend gemacht werden [10]).

§. 605.

8. Verbindlichkeit zur Vorlegung (ad exhibendum).

Der Grund der Verbindlichkeit, einen Andern in Beziehung auf eine bewegliche Sache ohne eigenen Schaden in ein solches räumliches Verhältniß zu bringen, daß er sein rechtliches Interesse daran verfolgen kann, beruhet auf Billigkeit [1]), d. h. in der Pr. Rechtssprache allgemeine Bürgerpflicht. Hierher gehören folgende einzelne Fälle: I. Die Actio ad exhibendum. 1. Im Pr. R. ist diese an sich vorbereitende Klage, die aber zufällig auch den Erfolg der Hauptklage haben kann, nur selten anwendbar, weil man sich gewöhnlich mit der Hauptklage hilft, doch giebt es

---

10) Angenommen von dem Plenum des Ober-Tribunals durch Beschl. vom 8. Januar 1849, No. $^{9}/_{8}$ Plen., Pr. 2088 (Entsch. XVII, 73).

1) L. 3, §. 3—5, 7, L. 6 D. ad exhibendum (X, 4).

Fälle, wo nur mit diesem Klagrechte ein günstiger Erfolg zu erzielen ist[2]). 2. Die Bedingungen sind: a) ein Vermögensinteresse des Klägers [3]); b) physische Möglichkeit bei dem Beklagten, die Sache vorzubringen (Gewahrsam)[4]), oder dolose Beseitigung derselben, in welchem Falle der Beklagte wie ein fictus possessor, qui dolo desiit possidere, behandelt wird[5]). 3. Der Zweck der Klage ist die Herstellung eines solchen räumlichen Verhältnisses des Klägers zu dem Gegenstande, um mit demselben nach Maßgabe des dazu behaupteten Rechts verfahren zu können. 4. Dieser Zweck wird erreicht durch die Exhibition[6]), diese ist daher der eigentliche Gegenstand der Klage; sie geschieht auf Kosten des Klägers[7]). Verweigert solche der Beklagte, oder hat er sich böswillig dazu außer Stand gesetzt: so haftet er für das Interesse[8]), in Beziehung auf welches er vor der Klage nur für Dolus und grobes Versehen, nachher aber, wegen der Mora, für jedes Versehen, selbst für Zufall, wenn dieser sonst nicht eingetreten sein würde, einsteht[9]). II. Der Ueberrest des interdictum de glande legenda[10]), daß die über die Grenze überhangenden Zweige eines fremden Baumes, welche Niemand schuldig ist zu dulden, dem Eigenthümer des Baumes verabfolgt werden müssen, wenn man sie abhauet, was dem Nachbar zu thun freisteht; duldet er sie, so darf er sich die Früchte zueignen, welche der Eigenthümer des Baumes nicht einsammeln kann, ohne den Boden des Nachbars zu berühren, oder die Aeste herüber zu beugen, oder die Früchte mit Instrumenten herüber zu holen[11]). III. Urkunden-

---

2) Dies ist in allen den Fällen, wo die Voraussetzungen eines andern Klagrechts, namentlich auch der Vindikationsklage, fehlen, z. E. wenn durch Naturgewalt eine Sache auf fremden Grund und Boden gebracht wird, und der Eigenthümer desselben solche ihrem Eigenthümer nicht vorenthalten, aber auch Niemand in sein Grundstück kommen lassen will. S. o. §. 237, Note 19.

3) L. 19, L. 3, §. 9, L. 13, 7, §. 7, L. 1, 3, §. 1, 3–5, 11, 12 D. eod.

4) L. 3, §. 15, L. 4, 5 pr. D. eodem.

5) L. 9 pr., L. 14 D. eod. — L. 5 C. eod. (III, 42). — S. oben §. 239, II, 1, b, und §. 171.

6) Exhibere ist rei praesentis copiam facere, d. h. eine bewegliche Sache in die Gegenwart des dazu Berechtigten zu bringen, so daß er sie sehen, prüfen und unterscheiden kann. L. 2 D. ad exhib. (X, 4); L. 3, §. 8 D. de libero hom. (XLIII, 29); L. 22, 246 pr. D. de verb. signif. (L. 16).

7) L. 11, §. 1; L. 5, §§. 3, 4; L. 15 D. ad exhib. — §. 3 J. de off. jud. (IV, 17). — A. G. O. I, 10, §. 104.

8) L. 9, §§. 5—8, L. 10, L. 11 D. ad exhib.

9) I, 7, §§. 219, 240–241; I, 3, §. 13. — L. 12, §. 4 D. eod.

10) Dig. XLIII, 28. — Recht der Ford. §. 227, Bd. III, S. 123 flg.

11) I, 9, §§. 287—290. Das A. L. R. hat also hierin das deutsche Recht

Edition*). Die Exhibition oder Edition von Urkunden zu fordern berechtigt: 1. Eigenthum, aus welchem die Vindikationsklage gebraucht werden kann[12]); 2. Miteigenthum, wobei das anwendbare Rechtsmittel durch die besondern Verhältnisse bestimmt wird[13]); 3. ein gemeinschaftliches Rechtsverhältniß, auf welches die Urkunden sich beziehen (documenta communia)[14]); ein rechtliches Interesse, dessen Sicherung oder Verfolgung von der Edition abhängig ist. Dieser Fall ist der der eigentlichen, bloß auf Billigkeit (Staatsbürgerpflicht) gegründeten, Exhibitionsverbindlichkeit (Note 1). Das Pr. R. führt darauf die Edition in Beziehung auf Testament und Prozeß zurück. a) Testamente und Kodizille eines Verstorbenen einzusehen, war nach R. R. ein Jeder, ohne Nachweis eines Interesses, berechtigt; der Prätor gab dazu, gegen den Verwahrer der Urkunde, ohne Weiteres eine besondere Klage (interdictum de tabulis exhibendis)[15]). Das A. L. R. hat Das geändert: es muß ein gegründetes Interesse bei der Sache nachgewiesen werden, wenn man nicht Intestaterbe sein würde[16]). Geltend gemacht wird das Recht zur Einsicht nicht im ordentlichen Wege Rechtens, sondern durch Bittgesuch bei dem verwahrenden Richter und weiter durch Beschwerde über ihn bei den Aufsichtsbehörden. b) Im Prozesse zu ediren hat nicht allein der Gegner, sondern auch jeder Dritte, ohne daß er wegen eigenen Nachtheils die Edition ablehnen darf; er kann nur das juramentum calumniae fordern, und den, die Frage nicht berührenden, Inhalt der Urkunde geheimhalten, indem er einen Auszug der betroffenen Stelle aus den Urkunden giebt und das Original dem Instruenten

---

aufgenommen. Glosse zum Sachsensp. II, 52; Sachsensp. II, 52; Weichbild, Art. 126.

*) Dr. M. Mittermaier über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Heidelberg 1835. Darüber: Kind, Summarium, Bd. III, S. 327.

12) Eigenthümer ist ursprünglich der, dem der Stoff gehört. L. 3, §. 14 D. eod. — L. 4, 6 C. ad exhibendum (III, 42).

13) A. G. O. I, 10, §. 93. L. 3, §. 14 D. ad exhibendum (X, 4).

14) Darüber s. Gutachten des Ober-Trib. vom 18. Januar 1841 (Min.-Bl. vom J. 1843, S. 113). — L. 9 C. eod. (III, 42); L. 3, §. 14 D. eod. (X, 4); L. 9 pr. D. de edendo (II, 13); L. 8 D. mandati (XVII, 1); L. 52 pr. D. de act. emti (XIX, 1); L. 24 C. de fide instrument. (VI, 42). — Hagemann, über Geschäftskorrespondenz; in den prakt. Erört. Bd. VII, Nr. 61. — Ueber Edition von Quittungen; in Linde rc. Zeitschrift, Bd. I, S. 220.

15) D. de tabulis exhibendis (XLIII, 5); C. eod. (VIII, 7).

16) I, 12, §§. 227, 228. Die Intestaterben sind Interessenten.

und dem Dezernenten, welche die Unterschriften und die zur Sache gehörige Stelle den Parteien vorzeigen, vorlegt. Das Editionsgesuch muß durch die Bescheinigung, daß eine Urkunde, wie sie der Ansuchende bezeichnet, vorhanden und in Gewahrsam Dessen der ediren soll befindlich, begründet werden. Verweigert Dieser auf das begründet befundene Editionsgesuch die Edition und auch die Ableistung des Editionseides, so tritt Zwang durch öffentliche Strafen ein und der Suchende kann sein Interesse fordern. Das Editionsgesuch wird als Inzidentpunkt im Prozesse behandelt; gegen das Dekret des Richters findet nur Beschwerde statt[17]).

§. 606.

9. Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses.

Die Verbindlichkeit Zeugniß zu geben, gehört ebenfalls dem neuern Rechte an und beruhet auf demselben Grunde[18]). Sie setzt voraus, daß das Zeugniß rechtlichen Erfolg haben kann und der Zeuge durch Ablegung desselben nicht andere Pflichten verletzt; fällt mithin weg bei Personen, welche ganz unglaubwürdig sind, oder welche zur Verschwiegenheit über den Gegenstand verpflichtet sind. Außerdem hat die Verweigerung des Zeugnisses oder der vorschriftsmäßigen Bekräftigung desselben Zwang durch öffentliche Geldstrafe oder persönliche Haft, und, im Falle der Erfolglosigkeit desselben, Leistung des Interesses zur Folge[19]). Der Produzent trägt die Kosten und entschädigt auch den Zeugen, nach denselben Grundsätzen wie bei der Exhibition (Note 7), für Auslagen, Schäden und Versäumniß, wofür der Richter von Amtswegen sorgt und sogar Vorschuß zu machen hat, wozu die Gerichtsobrigkeit die Mittel hergeben muß[20]). — Von derselben Art ist die

---

17) A. G. O. I, 10, §§. 91, 101, 103, 105, 99. — Ein Dritter war nach älterm R. R. nicht schuldig zu ediren; erst Justinian erklärte ihn dazu verpflichtet, durch die Konstitution 22 C. de fide instrumentorum (IV, 21), die zwar nicht glossirt, aber doch in Anwendung gekommen ist. Cujac. Observat. Lib. X, c. 8. Die Preuß. Gerichtspraxis ist bei der Prüfung der Editionsgesuche leichtfertig.

18) A. G. O. Einleit. §. 18; I, 10, §. 179 ff. — L. 16, L. 19 C. de testibus (IV, 20). — Cujac. Obs. L. VIII. c. 13; Lib. XIII, c. 38. Ueber älteres R.: L. 21, §. 1 D. eod. (XXII, 5); Quintilian. Instit. orat., L. V, c. 7; Gellius noct. att. LXV, c 13.

19) A. G. O. I, 10, §§. 183—186.

20) Ebend. Einleit. §. 19 u. I, 10, §. 187; I, 23, §. 36, Nr. 6. Für die Kosten wird ohne nähern Nachweis ein Pauschquantum, nach einer Taxe, gegeben,

Verbindlichkeit der Verwandten, Hausgenossen und des Wirths eines Sterbenden, von dem erfolgten Ableben dem Gerichte unverzüglich Anzeige zu machen. (§. 868 Note 3).

II. Verbindlichkeiten aus einseitigen Versprechungen.

1. Schenkung.

A. L. R. I, 11, §§. 1037—1177. — Recht der Forderungen, §§. 231—239, Bd. III, S. 135 flg. — v. Mayerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach Röm. Rechte. 1r Bd. u. 2r Bd. 1. Abth. gr. 8. Marburg, 1837.

§. 607.

a) Begriff und Arten.

I. Schenkung (donatio) im weitesten Sinne ist jede rechtlich unnöthige[1]) Freigebigkeit. Das Wesentliche ist die Absicht des Gebenden, freigebig zu sein (animus donandi); die Erreichung der Absicht, oder daß der Andere den Gewinn wirklich erlange, ist nicht erforderlich. In diesem Sinne haben alle diejenigen Geschäfte, welche wesentlich einseitig sind, namentlich Mandat, Geschäftsbesorgung, Kommodat, Erlaß, Erbeseinsetzung ꝛc. den Charakter der Schenkung. In eigentlicher Bedeutung aber ist Schenkung eine auf Vertrag beruhende eigenthümliche Handlung, wodurch einem Andern ein Vermögensvortheil unmittelbar aus Freigebigkeit zugewendet werden soll[2]). Der animus donandi soll in der Regel nicht präsumirt werden[3]). Wo, wie im R. R., zu jedem Klagrechte die Behauptung und der Beweis irgend einer positiven Absicht und eines derselben entsprechenden Rechtsgeschäfts erfordert wird, da ist dieser Satz völlig entbehrlich; im Pr. R. ist er aber bei dem Mangel einer solchen Jurisprudenz (§. 187, II) sehr nützlich. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt in folgenden

---

wenn der Zeuge nicht den Nachweis eines höheren Betrags führen will. V. v. 29. März 1844 (G. S. S. 73).

1) L. 29 pr. D. de donat. (XXXIX, 5). — L. 82 D. de reg. jur. (L. 17).

2) I, 11, §. 1037. Dieser §. definirt freilich nur das Schenkungsversprechen, nicht die Schenkung selbst, deren Begriffsbestimmung fehlt.

3) §. 1040 a. a. O. Welches andere bestimmte Rechtsgeschäft angenommen werden muß, ist aus den Umständen zu bestimmen. Wenn z. B. Jemand für den Andern eine Schuld bezahlt, so kann die Vermuthung einer Schenkung nicht eintreten, denn die äußere Handlung stellt Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Pr. 1004, vom 17. April 1841 (Entsch. VII, 88).

Fällen: 1. Wenn der Geber eine besondere persönliche, obschon nicht civilrechtlich verbindende, Pflicht zur Wohlthätigkeit gegen den Empfänger hat; folglich dann, wenn Verwandte in auf- und absteigender Linie, voll- oder halbbürtige Geschwister und Eheleute einander Etwas ohne bestimmte Erklärung geben[4]). Das Praktische davon ist: es findet weder Zurückforderung noch Anspruch auf Vergütung oder Gegenleistung statt. Doch tritt diese Ausnahme nicht ein: a) wenn unter einer bestimmten, die Absicht nicht zu schenken ausdrückenden, Willenserklärung (mit Vorbehalt) gegeben wird, oder b) wenn unter Umständen gegeben wird, welche diese Absicht stillschweigend kundgeben[5]). Hat ohne solchen Vorbehalt oder ohne solche Umstände von den unter die Ausnahme (1) fallenden Personen die Eine der Andern, in Folge solcher unvollkommenen Verbindlichkeit erst künftig noch zu geben förmlich versprochen, so soll gleichfalls kein Widerruf stattfinden, sondern das Versprechen, gleich einem lästigen Vertrage, der schon von der andern Seite erfüllt ist, verbindlich sein[6]). Das Gleiche gilt von dem Versprechen eines Fremden unter der Bedingung oder zu dem Zwecke einer zu schließenden Ehe[7]), so wie von Verträgen unter Eheleuten, wodurch Einer dem Andern gewisse Vortheile auf den Todesfall zusichert[8]). 2) Wenn einem Armen Etwas zum Unterhalte gegeben ist, oder wenn Gelder und Sachen an Armenanstalten und milde Stiftungen überliefert werden[9]). 3) Wenn Etwas unter Umständen gegeben worden,

---

4) §§. 1041 und 1042 a. a. O. Vermuthlich ist dabei an die unvollkommene Verbindlichkeit zur Unterstützung und Ausstattung gedacht. S. o. §§. 595 flg., und 600. Die Vermuthung der Schenkung beschränkt sich nicht bloß auf diese Verwandten; es sind dadurch nur einige Fälle bezeichnet, in denen diese Vermuthung eintritt. Pr. 260, vom 27. Mai 1837.

5) §. 1042 a. a. O. Als dergleichen Umstände werden angenommen: wenn der Geber Schuldner des Nehmer ist (Schles. Arch. Bd. IV, S. 361), oder wenn ein bestimmtes Rechtsgeschäft, z. B. eine Geschäftsbesorgung vollzogen wird. S. Note 3. S. auch Pr. 2217, v. 7. Juni 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 284).

6) §§. 1046, 1047 a. a. O. Bezieht sich auf die Verbindlichkeit §. 600.

7) §. 1048 a. a. O. Ist darauf die Ehe wirklich vollzogen, so muß auch ein unförmliches Versprechen erfüllt werden. (S. o. §. 553 a. E.) Dieser Fall gehört nicht hierher. S. u. §. 751. Daß bereits eine Verlobung vollzogen oder eine bestimmte Wahl zur Zeit des Versprechens getroffen worden sei, ist zur Verbindlichmachung des Versprechenden nicht erforderlich. Pr. 765, vom 29. November 1839.

8) §. 1050 das. Gehört auch nicht hierher.

9) §§. 1043, 1044 a. a. O. — In diesen Fällen findet schon aus dem Grunde keine Rückforderung oder Vergütung statt, weil kein bestimmtes, einen solchen Anspruch begründendes, Rechtsgeschäft geschlossen worden ist.

wo sich keine andere Absicht des Gebenden denken läßt[10]). II. Die Schenkung kann in jeder Handlung bestehen, welche das Vermögen des Beschenkten verbessert, sie kann mithin das Geben einer Sache, die Uebertragung eines Rechts, die Verschaffung einer Forderung an den Schenker oder an einen Dritten, oder die Befreiung von einer Schuld gegen den Schenker oder einen Dritten[11]) betreffen. Die Schenkung kann rein oder mit einem Geschäfte anderer Art (negotium mixtum cum donatione) verbunden sein; sie kann bedingt oder unbedingt sein. Eine bedingte Schenkung ist die von Todes wegen (donatio mortis causa), d. h. unter der Bedingung, daß der Schenker früher stirbt, als der Beschenkte. Diese gehört nach heutigem Recht zu den letztwilligen Verfügungen und kann mithin bis zum Tode widerrufen werden. Wenn dieser Widerruf nicht ausdrücklich vorbehalten ist, so gilt in der Regel das Geschäft als Schenkung inter vivos. Ausgenommen ist die Schenkung unter der Bedingung: wenn der Schenker eine bevorstehende Todesgefahr nicht überleben würde; so wie die, welche aus Anlaß einer solchen Todesgefahr gemacht worden ist: diese kann der Schenker selbst widerrufen[12]). Schenkungen können endlich wechselseitig sein. Davon ist Regel, daß die Wechselseitigkeit an sich den Widerruf der einen oder der andern von beiden Schenkungen aus einem gesetzmäßigen Grunde nicht hindert, indem jede Schenkung für sich beurtheilt wird, daß aber, wenn die eine Schenkung in der That mit Erfolg widerrufen wird, dieses für sich ein Grund zum Widerruf der andern Schenkung ist[13]).

---

10) §. 1045 das. Dabei hat man an einen Kauf gedacht, wobei der Käufer weiß, daß die Sache nicht mehr vorhanden, und gleichwohl das Kaufgeld bezahlt. Entwurf eines A. G. B. Th. II, Abth. II, Tit. 8, §. 739 vergl. mit dem dort all. §. 39. In diesem Falle fehlt gleichfalls schon an sich ein Grund zur Zurückforderung.

11) §. 1037 a. a. O., wo die Liberation übergangen ist. Vergl. I, 16, §. 393.

12) §§. 1134—1139 a. a. O. — Recht der Ford. §. 231, Note 5—7. — Korte, über Schenkungen auf den Todesfall; in Ulrich Archiv, Bd. IV, S. 245.

13) §§. 1051, 1052 a. a. O. — Der Begriff der wechselseitigen Schenkung ist von den Praktikern aufgebracht; das R. R. kennt ihn nicht, Ulpian erklärt sie für eine Art Tausch. L. 25, §. 11 D. de hered. pet. (V, 3).

§. 608.

b) Eingehung.

I. Das Wesentliche der Eingehung ist der beiderseitige Konsens, es ist also die Annahme des Beschenkten schlechterdings nothwendig [1]), sie kann jedoch für Willensunfähige, bei Schenkungen ausnahmsweise, durch jeden Dritten, ohne Auftrag, erklärt werden (§. 548, II), sonst aber gilt hier nichts von den allgemeinen Regeln über die Annahme Abweichendes, nur daß die Erben nicht mehr annehmen dürfen, wenn der Beschenkte vor Kundgebung der Annahme verstorben ist [2]). II. Der Konsens hat im Allgemeinen keine bestimmte Form [3]), vielmehr bestimmt dieselbe sich nach dem Gegenstande. 1. Besteht die Schenkung in dem Geben einer beweglichen Sache, oder in der Uebertragung eines Rechts, welches nicht zu den unbeweglichen Sachen gehört: so wird sie durch die Uebergabe, beziehlich Uebertragung, rechtsgültig vollzogen; ist eine unbewegliche Sache der Gegenstand, so muß noch eine schriftliche und, Behufs Beglaubigung bei dem Grundbuche, gerichtlich oder notariell anzuerkennende Erklärung des Schenkers zur Uebergabe kommen [4]). 2. Wird eine Obligation gegen einen Dritten schenkungsweise übereignet, so geschieht solches rechtsgültig, nach Beschaffenheit des Falles, entweder mittelst Novation (§. 540 flg.) [4a]), oder durch Cession (§. 530), oder dadurch, daß der Schenker auf den Namen des Beschenkten ein Darlehn giebt [5]). 3. Ist die Schenkung hingegen eine Handlung, wodurch eine Forderung des Beschenkten an die Person des Schenkers selbst, z. B. auf Reichung des Unterhalts (donatio alimentorum) in einem Falle, wo dem Versprecher sonst keine Verbindlichkeit dazu obliegt [5a])

---

1) §§. 1058, 1059 a. a. O. War streitig wegen L. 35, §. 5 C. de donat. (VIII, 54). S. jedoch L. 2, §. 6, L. 10, L. 19, §. 2, L. 26 D. eod. (XXXIX, 5).

2) §§. 1059, 1061, 1062 a. a. O. — S. o. §. 248, IV. — Im §. 1059 muß es heißen: doch sind die Worte und Handlungen, statt: „doch sind die Werke" u. s. w.

3) Ebenso nach L. 6, 13, 7 C. eod. (VIII, 54).

4) §§. 1065—1068 a. a. O. — S. o. §. 554, II, 4. — Pr. 1710, vom 21. Februar 1846.

4a) Einen solchen Fall s. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIII, S. 182.

5) I, 11, §§. 671, 672. — L. 19, §. 3, L. 34 pr., L. 35, §. 2, L. 33, §. 1, L. 21, §. 1 D. eod.

5a) Pr. 1715, vom 27. Februar 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 182). Siehe u. Note 8 zu §. 611.

begründet werden soll (Schenkungsversprechen): so ist für die Erklärung des Schenkenden die gerichtliche Form zur Gültigkeit erforderlich[6]), die Annahme hat auch hierbei die allgemeine Form derselben[7]). 4. Ist die Schenkung eine Befreiung von einer Schuld und zwar a) gegen die Person des Schenkers, so wird sie durch Erlaß (pactum remissorium) (§. 585) rechtsgültig vollzogen; b) gegen einen Dritten durch Zahlung animo liberandi und beziehlich donandi, wodurch jeder Anspruch des Zahlers an den befreiten Schuldner ausgeschlossen wird (§. 576, II, 3 und 529), oder durch Expromission in derselben erklärten Absicht (§. 544, III).

§. 609.

c) Wirkung.

I. Die Schenkung, welche im Geben besteht, überträgt, wie jede Uebergabe auf Grund eines gültigen Titels (§. 256), Eigenthum; ist oder wird die Schenkung ganz ungültig, so bleibt der Schenker Eigenthümer und wird es beziehlich wieder, nach Art eines bedingten oder widerruflichen Eigenthums, daher entsteht Miteigenthum, wenn die Schenkung theilweise ungültig ist oder wird[8]). II. Die Schenkung einer Obligation gegen die Person des Schenkers begründet in Ermangelung der gerichtlichen Form keine Klage[9]), was darauf gegeben wird, kann nicht zurückgefordert werden; ist die Form beobachtet, so hat der Beschenkte die Klage auf Erfüllung[10]), wobei jedoch der Schenker nur für Vorsatz und grobes Versehen haftet, niemals Verzugszinsen zahlt, aber die wirklich erhobenen Früchte von fruchttragenden Sachen und Kapitalien vom Eintritte des Verzugs an herausgiebt[11]), und in allen Fällen das beneficium competentiae hat[12]).

---

6) §§. 1063, 1064 a. a. O. — Auf diesen Fall beziehen sich alle landrechtliche Bestimmungen wegen der Nothwendigkeit der gerichtlichen Form. §. 1037 das., und Suarez amtl. Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 23 u. 29. — Darin liegt also ein erheblicher Unterschied der landrechtlichen gerichtlichen Form von der Römischen gerichtlichen Insinuation der Schenkungen über 500 Solidi. §. 2 J. de donat. (II, 7); L. 36, § 2 C. eod. — Recht der Ford. §. 233.

7) §§. 1058, 1059 a. a. O. — S. o. §. 548. Ueber die Form der Schenkung ist viel Zweifel.

8) §§. 1085, 1086 a. a. O. — L. 34, §. 2 C. de donat. (VIII, 54).

9) 1064 das. Es ist damit wie mit jedem noch nicht erfüllten Vertrage, welcher der vorgeschriebenen Form ermangelt. S. o. §. 553.

10) §. 1076 das. — §. 2 J. eod. (II, 7); L. 35 C. eod.; Nov. 162, c. 1.

11) §§. 1077—1084 a. a. O. — S. o. §§. 468, 469.

12) A. G. O. Th. I, Tit. 49, §. 16, Nr. 6. — L. 19, §. 1, L. 30 D. de re jud. (XLII, 1). — S. o. §. 489.

§. 610.

d) Widerruf.

I. Eine Schenkung kann in dem Falle, wenn sie nicht gerichtlich geschlossen worden ist, innerhalb Sechs Monaten nach der Vollziehung (Uebergabe), willkührlich widerrufen werden [1]). Außerdem findet der Widerruf nur aus folgenden besondern Gründen statt: 1. Wegen groben Undanks des Beschenkten [1a]). Für groben Undank wird angesehen: a) vorsätzliche oder grobfahrlässige Tödtung, Verwundung, thätliche Beleidigung oder Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Schenkers; b) grobe oder schwere wörtliche Beleidigung desselben; c) boshaft oder aus unerlaubtem Eigennutze unternommene wenngleich nicht consumirte grobe Beschädigung am Vermögen des Schenkers [2]). — Der Widerruf aus diesem Grunde steht bloß dem Geschenkgeber für seine Person zu, dessen Erben ausnahmsweise nur dann, wenn der Erblasser durch den Geschenknehmer Leben oder Verstand verloren, oder wenn er seinen Willen, das Geschenk zu widerrufen, schon gerichtlich erklärt, oder wenn er diese Erklärung zwar nur außergerichtlich gegeben hat, aber durch Dazwischenkunft des Todes verhindert worden ist, seinen ausgesprochenen Willen durch Anbringung der Sache bei Gericht zu vollziehen [3]). Gegen juristische Personen ist der Widerruf wegen Undanks der Vorsteher oder derzeitiger Mitglieder nicht statthaft, nur den Undankbaren für ihre Personen können die ihnen aus der Schenkung entsprießenden Vortheile durch den Schenker entzogen werden [4]). Beides, die Erlöschung des Rechts zum Widerruf mit dem Tode und die Unstatthaftigkeit des Widerrufs gegen eine moralische Person, folgt aus der rechtlichen Natur der hier gegebenen Revokatorienklage, welche eine persönliche Strafklage

---

1) §. 1090 d. T. Dieser §. 1090 bezieht sich auf die Sinnesänderung als alleinigen Grund des Widerrufs. Der §. 1065 handelt von dem Falle der mangelnden Form und trifft Bestimmung über die Folgen des Formmangels, schließt aber die Bestimmung des §. 1090 nicht aus. Hiernach hat der Formmangel als solcher keine Wirkung in dem Falle des §. 1065, aber der Widerruf wegen Sinnesänderung ist sechs Monate lang zulässig. So sind beide §§. zu vereinigen. — Das Recht zum Widerruf aus §. 1090 geht auch auf die Erben über. Pr. 1554, vom 15. März 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 256). Ist nicht folgerichtig.

1a) §. 1151 das. — §. 2 J. de donat. (II, 7); L. 1, 7, 9, 10 C. de revocat. don. (VIII, 56).

2) §§. 1152—1156 das. u. II, 20, §. 578—583. — L. 10 C. de donat. (VIII, 54).

3) §§. 1157—1159 a. a. O. — L. 10 i. f.; L. 1 i. f. C. eod.

4) §§. 1160, 1161 a. a. O.

(actio ex delicto) ist und sich weder aktiv noch passiv vererbt (§. 192, vergl. §. 298, II); doch soll sie folgewidrig gleichwohl passiv auf die Erben übergehen und der Beschenkte, wenn der Widerruf wirklich eintritt, schon vorher, von dem Augenblicke der begangenen Undankbarkeit, wie ein unredlicher Besitzer haften [5]). 2. Wegen nachgeborner, oder wegen wiedergefundener für verloren geachteter Kinder, wenn die Schenkung in einer Verbindlichmachung der eigenen Person des Schenkers besteht, welche noch nicht erfüllt worden ist (Schenkungsversprechen), und wenn die Beschenkten Andere sind, als Aszendenten oder außer einer Ehe zur rechten Hand erzeugte Kinder [6]). Unter Kindern werden hier Deszendenten aus einer Ehe zur rechten Hand, und legimirte uneheliche Kinder, insofern Beiden ein Pflichttheil aus dem Nachlasse des Schenkers gebühren würde, in Beziehung auf Mütter auch natürliche Kinder, nicht aber Adoptivkinder, und unter Nachgeborenen wird auch nicht eine Vermehrung der zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen Kinder verstanden [7]). Ist der Widerruf einmal ausgesprochen, so fällt die Wirkung dadurch, daß die Kinder sterben, nicht wieder hinweg [8]). Den Kindern und Erben steht er nicht zu [9]). Die Klage ist ein restitutorisches Rechtsmittel, welches seine praktische Wirksamkeit besonders in der Form der Exzeption äußert, da eine noch unerfüllte Verbindlichkeit vorausgesetzt ist; doch kann es auch als Reszissionsklage (§. 588) angewendet werden. 3. Wegen Uebermaßes. Uebermäßig ist eine Schenkung, insoweit sie die Hälfte von dem Vermögen zur Zeit der Schenkung, oder wenn die Uebergabe noch nicht geschehen, zur Zeit des Widerrufs übersteigt [10]). Bringen Mehrere ein Geschenk zusammen, so wird Jeder nach seinem Beitrage für sich beurtheilt; ist der Schenker eine Korporation, so wird bloß auf das Gemeindevermögen gesehen [11]). Der Wider-

---

5) §§. 1164—1167 das. — Daß hierin die Bestimmungen des A. L. R. nicht gleich und nicht immer folgerecht sind (vergl. §. 298, II, und §. 314, Nr. 2), kommt davon, daß die allgemeinen Grundsätze von den Klagerechten in ihrem Zusammenhange und in ihren Folgen nicht durchdacht sind; der Zufall waltet darin.

6) §§. 1140, 1149 a. a. O. — Ist eine von der deutschen Gerichtspraxis gemachte analoge Anwendung der L. 10 C. eod.

7) §§. 1143—1148 a. a. O. War schon Praxis.

8) §. 1142 a. a. O. — Overbeck, Meditationen, Bd. III, S. 258.

9) §. 1150 a. a. O. — Gottschalk, Select. discept. Tom. II, c. 2, p. 392.

10) §§. 1097, 1098 a. a. O. Ist ganz neu.

11) §§. 1101, 1102 das.

ruf geht nur auf das Uebermaß. Ist eine übermäßige Schenkung an Mehrere zusammen gemacht, so trägt jeder Geschenknehmer zur Aufbringung des zu erstattenden Uebermaßes verhältnißmäßig bei, der Ausfall des Einen oder Andern, wegen Unvermögens oder anderer Ursachen, wird von den Uebrigen nicht getragen[12]; sind aber mehrere Schenkungen nach einander, sei es an dem nämlichen Tage oder in längern Zwischenräumen, an Eine Person oder an Mehrere: so kommt nach dem Wortlaute jede Schenkung und deren Verhältniß zum Vermögen, zur Zeit des geschlossenen Vertrags, nur für sich in Betracht[13]. Auch hier muß der Widerruf gerichtlich geschehen und kann nur von dem Schenker selbst ausgehen[14]. Dagegen steht den nothwendigen Erben der Widerruf 4. wegen Verkürzung des Pflichttheils zu. Der Pflichttheilserbe soll soviel im Nachlasse finden und beziehlich von den Beschenkten zurückerhalten, als die Hälfte aller in den letzten drei Jahren vor dem Tode des Geschenkgebers[14a] gemachten Schenkungen beträgt, wobei nichts darauf ankommt, daß die Schenkungen formell und materiell rechtsgültig sind; ältere Geschenke können nur soweit widerrufen werden, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen spätern Geschenken nicht erfolgen kann[15]. Die letztere Bestimmung ist auf die thatsächliche Möglichkeit zu beziehen, außerdem fehlte die Norm, wonach dieser Pflichttheil zu bestimmen wäre; es heißt also: der Notherbe muß soviel im Nachlasse finden und erben, wie die Hälfte aller in den letzten drei Jahren vor dem Tode gemachten Geschenke zusammengerechnet, austrägt; die Geschenknehmer müssen, wenn der Nachlaß dazu nicht hinreicht, das Fehlende nach der umgekehrten Zeitfolge herausgeben, und soweit solches von ihnen nicht zu erlan-

---

12) §§. 1103—1106 das. Wenn die Gemeinschaft unter den Beschenkten fehlt.

13) §§. 1107, 1108 a. a. O. Auf diese Weise kann Jemand sein ganzes Vermögen in Einem Tage verschenken, ohne daß ein Widerruf wegen Uebermaßes möglich ist. Vielleicht hat man eine Zusammenrechnung der Schenkungen innerhalb einer gewissen Zeit vorausgesetzt, wie im Falle des Widerrufs wegen Verkürzung des Pflichttheils. §§. 1115, 1116 a. a. O.

14) §. 1112 a. a. O.; I, 12, §. 587 flg.

14a) Pr. 1884, vom 25. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 467).

15) §§. 1113—1116 das. — Ueber die Auslegungs- und Berechnungsarten s.: Müller, Abh. über die donatio inofficiosa; in Simon, Zeitschrift für wissenschaftl. Bearbeitung des Pr. R., Bd. I, S. 63 flg. — Noch einige Bemerkungen über die donatio inofficiosa, von Simon und v. Strampff, ebend. S. 75 flg. — Schweikart, in der Jur. Wochenschrift, 1836, S. 773 ff. — Nach meiner Auslegung bedarf es keiner der verschiedenen künstlichen Berechnungen, von welchen keine befriedigt. — Die Vorschriften §§. 1113, 1114 finden

gen ist, müssen auch die älteren Beschenkten beitragen[16]). Diese Bestimmungen haben durchaus keinen Zusammenhang mit der Röm. donatio inofficiosa, sie sind nichts weiter als positiv vorgeschriebene Vererbung des sonst nur dem Schenker für seine Person zustehenden Widerrufs wegen Uebermaßes, so daß von dieser Regel zwei Ausnahmen gelten, nämlich: a) wenn der Schenker seinen Entschluß zum Widerrufe schon gerichtlich erklärt hat, wo jeder Erbe das Uebermaß zurückfordern kann (Note 3), und b) wenn der reine Nachlaß nicht der Hälfte der Summe aller in den letzten drei Jahren gemachten Schenkungen gleichkommt, in welchem Falle der Pflichttheilserbe für sich das Fehlende zurückfordern darf (16). Eine besondere Verjährung ist dafür nicht vorgeschrieben. — In gleichem Maße ist Denjenigen, welchen der Schenker Unterhalt zu reichen gesetzlich schuldig ist, ein Widerruf nach dessen Tode eingeräumt 5. wegen entzogener Alimente. Wenn der Nachlaß aufgezehrt und dann die Zeit, durch welche der Geschenkgeber verpflichtet gewesen sein würde, die Alimente zu reichen, noch nicht abgelaufen ist: so dürfen die Alimentationsberechtigten die ihnen noch zu reichenden Alimente von denjenigen Geschenknehmern aus den letzten drei Jahren vor dem Tode des Erblassers, deren Schenkung jünger als die Alimentationspflicht ist, nach der vorhin gedachten Ordnung, fordern, soweit die laufenden Nutzungen und die Substanz des Geschenks reicht[17]). Endlich hat der Schenker das Recht zum Widerruf noch 6. wegen Verarmung. Geräth er später in Dürftigkeit, so darf er von dem Beschenkten jährlich 6 Prozent von dem Kapitalswerthe des Geschenks fordern, soweit der Beschenkte nicht selbst in solchen Umständen ist, daß er sich und den Seinigen den nöthigen Unterhalt würde entziehen müssen; es muß jedoch in diesem Falle auch die noch vorhandene Substanz des Geschenks zur Ernährung des Schenkers verwendet werden. Statt der Reichung dieser 6 Prozent kann der Beschenkte das Geschenk selbst, soweit dasselbe oder sein Werth noch bei ihm vorhanden, herausgeben; was der Schenker davon nicht verzehrt, verbleibt dem

---

auch dann Anwendung, wenn wegen Ueberverschuldung gar kein reiner Nachlaß existirt. Pr. 1460, vom 22. Juni 1844.

16) Recht der Ford. §. 235, No. II, Bd. III, S. 171 flg. S. unten §. 686 a. E.

17) §§. 1117—1122 a. a. O. — Die Satzung ist überhaupt gegen die rechtliche Natur der gesetzlichen Alimentationsverbindlichkeit, welche mit dem Tode des Verpflichteten erlischt. S. o. §. 596.

Geschenknehmer. Mehrere Beschenkte haben diese Verbindlichkeit nach einander in umgekehrter Zeitfolge[18]). II. Die Entsagung des Widerrufs ist in jeder Form, selbst unter eidlicher Bekräftigung, unwirksam, mit Ausnahme des Widerrufs wegen Uebermaßes[19]). Die Entsagung geschieht hier in der Form, a) daß der Schenker erklärt, die Schenkung übersteige nicht die Hälfte seines Vermögens, b) daß ihm der instrumentirende Richter als Folge davon kundgiebt, die Schenkung könne nun nicht wegen Uebermaßes widerrufen werden, und c) daß sowohl die Angabe des Schenkers als die Belehrung des Richters in dem Protokolle vermerkt wird. Diese Entsagung ist nur dann wirksam, wenn die Angabe des Schenkers, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige, eine Lüge ist; denn ist sie wahr, so bedarf es keiner Entsagung, beruht sie auf Irrthum, so ist die Erklärung aus diesem Grunde ungültig[20]). III. Der Widerruf geschieht: 1. ausdrücklich, entweder durch Anbringung der Klage oder durch bloße gerichtliche Willenserklärung[21]); 2. stillschweigend, wenn oder soweit die Uebergabe noch nicht geschehen, durch Verzehrung, Veräußerung oder Vernichtung der zum Geschenk versprochenen bestimmten (§. 87, I) Sache[22]). Jeder Widerruf ist auch gegen die Erben statthaft und überhaupt in allen Fällen nur soweit, als der Beschenkte oder dessen Erben zur Zeit des Widerrufs noch wirklich reicher sind[23]). Nur für den Widerruf wegen Uebermaßes ist eine besondere Verjährung von drei Jahren, bei gerichtlichen Schenkungen vom Tage der Abschließung, bei außergerichtlichen vom Tage der Uebergabe, vorgeschrie-

---

18) §§. 1121—1128 a. a. O. Die gemeine Praxis gestattet nur vor der Uebergabe die Zurückbehaltung des Geschenks, soweit es zur Ernährung des Schenkers erforderlich. Das ist nur eine Anwendung des **beneficii competentiae.**

19) §§. 1162, 1163 a. a. O. Der Eid ist überhaupt kein Bekräftigungsmittel für Rechtsgeschäfte, auch wenn er im Auslande geleistet worden wäre. S. o. §. 134.

20) §§. 1094—1096 a. a. O. — Sagt der Schenker die Wahrheit, daß nämlich das Geschenk mehr als die Hälfte des Vermögens beträgt: so ist die Entsagung des Widerrufs nicht gültig; sie findet nur unter der Versicherung des Gegentheils statt. §. 1163 vergl. mit 1094 das.

21) §§. 1166, 1158 a. a. O. Die außergerichtliche Erklärung wirkt nur in dem Falle, wenn die gerichtliche Erklärung durch den Tod verhindert worden ist. Dieses soll „erhellen", folglich ohne nothwendigen Eid vollständig bewiesen sein. §. 1159.

22) §. 1168 a. a. O. Geschieht dies ohne gültigen Grund, so ist der Werth zu geben. Nach der Uebergabe wirken solche Handlungen keinen Widerruf.

23) §§. 1164, 1165 das. — Vergl. o. Note 5.

ben[24]), innerhalb welcher die gerichtliche Erklärung abgegeben oder die Revokationsklage angemeldet werden muß; die außergerichtliche Erklärung (21) unterbricht die Verjährung nicht, sondern wirkt bloß die Vererbung des Klagrechts. Das Recht zum Widerruf einer außergerichtlichen Schenkung sollte ohne eine bereits vorhandene Erklärung des Gebers nicht auf die Erben übergehen, weil der Widerruf seinen Grund in der Sinnesänderung des Schenkers hat und außer derselben kein Vermögensrecht (Klagrecht) zur Existenz gekommen ist, welches hätte vererbt werden können. Doch hat die Praxis das Gegentheil angenommen (Note 1). IV. Die mit einer Schenkung vermischten Rechtsgeschäfte kommen aus dem Gesichtspunkte der Schenkung, was Form und Widerruf betrifft, nicht in Betracht[25]).

§. 611.

e) Besondere Arten.

I. Donatio omnium bonorum. Schenkung des ganzen Vermögens wird als möglich vorausgesetzt[1]), ist jedoch immer bis auf die Hälfte, wegen Uebermaßes, binnen 3 Jahren widerruflich (§. 610, Note 20), und kann mithin nur unter der Voraussetzung als „rechtsgültig" gedacht werden, daß der Schenker diese Zeit hat verlaufen lassen ohne zu widerrufen. Besondere Bestimmungen über diese Schenkung finden sich nicht. Gegenstand der Schenkung ist nur das gegenwärtige Vermögen und der nach Abzug der Schulden verbleibende Ueberrest des Vermögens[2]), die Gläubiger können mithin aus den ohne Rücksicht auf ihre Befriedigung übergebenen Vermögensstücken Bezahlung suchen. Sind einzelne Sachen oder Summen oder ein gewisser Theil ausgenommen, so fällt davon das, was davon bei dem Tode des Schenkers noch übrig ist, an die gesetzlichen Erben in auf- und absteigender Linie und, wenn

---

24) §§. 1091—1093 a. a. O.

25) Ein einzelnes Geschäft, der Leibrentenkontrakt, ist ausnahmsweise von dieser Seite beachtet. I, 11, §§. 637 ff.

1) §. 1087 a. a. O.

2) Anerkannt im §. 19 des Anh. z. A. L. R. Diese Vorschrift beschränkt sich nicht auf solche Schuldverbindlichkeiten, welche durch Zahlung im eigentlichen Sinne zu lösen sind. Pr. 2060, vom 20. Oktober 1848. — L. 72 pr. D. de jure dot. (XXIII, 3). — L. 12 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 15, 22 C. eod. (VIII, 54).

diese nicht sind, an Geschwister oder Geschwisterkinder ersten Grades, und wenn auch diese nicht sind, an den Beschenkten[3]). II. Donatio remuneratoria. Unter der Benennung von belohnenden Schenkungen findet sich im A. L. R. ein Geschäft, welches weder als Schenkung noch als lästiges Geschäft charakterisirt ist. Belohnendes Geschenk heißt ein solches, durch welches eine dem Schenkenden erwiesene löbliche Handlung oder ein geleisteter wichtiger Dienst vergolten wird[4]). Sie ist jedoch wegen Uebermaßes ebenso wie jede andere Schenkung widerruflich, aber den Erben, und namentlich den Notherben ist wegen Verkürzung des Pflichttheils kein Widerruf gestattet[5]). Ob auch aus den übrigen Gründen der Widerruf stattfinde, hängt von der angewendeten Form und von der Art der Handlung ab. 1. Ist die Schenkung ein Geben, oder Verschaffen einer Forderung gegen einen Dritten, oder ein Liberiren, und kann der Beschenkte die belohnte Handlung bestimmt angeben und beweisen, so wird die Schenkung hinsichtlich dieser übrigen Widerrufsgründe wie ein lästiges Geschäft angesehen, ohne daß das Verhältniß des Geschenks zu dem Werthe der belohnten Handlung in Betracht kommt, weil das A. L. R. die gemischten Geschäfte nur wie lästige beurtheilt (§. 610, IV); kann er das nicht, so gilt die Schenkung für eine gewöhnliche. 2. Ist sie eine Verbindlichmachung der Person des Schenkers (Schenkungsversprechen), so ist ein schriftliches Instrument erforderlich, in welchem die belohnte Handlung oder der Dienst bestimmt angegeben sein muß; sonst gilt die Schenkung wieder für eine gewöhnliche und es wird keine Ergänzung der fehlenden Angabe der Handlung ꝛc. durch sonstigen Beweis angenommen. Dagegen begründet die Behauptung und der Beweis der Unrichtigkeit der in dem Instrumente enthaltenen Angabe die Zurücknahme des

---

3) §§. 1087, 1088 a. a. O. — **Pufendorf**, Obs., IV, obs. 48; **Overbeck**, Med., VII, S. 23.

4) §. 1169 a. a. O. Die Quelle sind die Schriften der ältern Praktiker, das R. R. kennt die s. g. remuneratorische Schenkung als ein besonderes Geschäft nicht; wird eine entgeltliche Handlung vergolten, so ist dies ein Innominatkontrakt (L. 27 D. eod.); wird für eine unentgeltliche Handlung gegeben, so ist es eine gewöhnliche Schenkung. v. **Bülow**, zur Lehre von vergeltenden Schenkungen; in den Abhandlungen, Bd. II, S. 82 flg. — **Kritz**, über die Richtigkeit des Begriffs der remuneratorischen Schenkung; in Dessen Sammlung von Rechtsfällen ꝛc., Bd. I, Leipzig 1833, S. 1 flg.

5) §. 1170 a. a. O.; Anh. §. 28. — A. M. **Müller**, über die donatio remuneratoria; in **Simon**, Zeitschr. Bd. I, S. 233. — Dagegen: Recht der Forderungen, §. 237.

Versprechens[6]). III. Donatio sub modo. So nennt man die Schenkung mit einer Nebenbestimmung über die Verwendung des Geschenks (§. 122). Die Nebenbestimmung kann als Bedingung oder auch als Auflage beigefügt sein, und zwar zum Besten entweder des Beschenkten, oder des Schenkers, oder des Dritten. 1. Bezweckt der Modus das Beste des Beschenkten, so unterscheidet sich die Schenkung von einer gewöhnlichen nur darin, daß, wenn sie ohne Verschulden des Beschenkten widerrufen wird und der Beschenkte bereits Etwas zur Erfüllung des Zwecks gethan hat, was ihm nach dem Widerrufe schädlich ist, er deshalb Entschädigung fordern kann[7]). 2. Dient der Modus zum Besten des Schenkers oder eines Dritten, so ist das Geschäft ein Innominatkontrakt und kann nicht, wie eine Schenkung, widerrufen werden; es wird auch nicht darauf gesehen: ob der Werth des Geschenks den schätzbaren Modus übersteigt[8]), und zur gültigen Eingehung ist lediglich die nach Maßgabe des Gegenstandes und der Persönlichkeiten erforderliche Form eines lästigen Vertrags zu beobachten. Wenngleich also das Pr. R. den lästigen von dem geschenkten Theil nicht unterscheidet, sondern das Ganze nach den Grundsätzen von lästigen Geschäften behandelt, so kann es doch Fälle geben, wo diese Regel nicht angewendet wird, nämlich dann, wenn Bedingung oder Zweck im Verhältnisse zum Geschenke von so großer Geringfügigkeit sind, daß sie die reine Schenkung nur verschleiern. Wenn dieses aus den Umständen klar erhellet, so wird das ganze Geschäft in jeder Hinsicht wie eine reine Schenkung behandelt und dem Beschenkten wird nur, im Falle des Widerrufs, Das, was er etwa zur Erfüllung des nicht bloß seinen Vortheil bezweckenden Modus gethan hat, nach dem höchsten Werthe vergütet[9]). 3. Die

---

6) §§. 1171—1175 a. a. O. — Man bemerke, daß hier die Schrift zum Nachtheil des Beschenkten den Charakter einer bloßen Form zur Begründung der Obligation hat, nicht aber zum Nachtheil des Schenkers.

7) §§. 1056, 1057 a. a. O. Die Form der reinen Schenkung versteht sich.

8) §. 1053 a. a. O. — Anders nach L. 18 pr. §§. 1, 2 D. de donat. (XXXIX, 5), wonach das Geschäft hinsichtlich Dessen, was über den Modus gegeben ist, als reine Schenkung behandelt wird. Der Fall, wenn Jemand verspricht, einen Andern während seines Ausbildungs-Stadiums bei einer öffentlichen Behörde zu unterhalten oder zu unterstützen, ohne eine gesetzliche Verpflichtung zur Erziehung und Ernährung zu haben, ist eine reine Schenkung und gehört mithin nicht hierher. Pr. 1715, vom 27. Februar 1846 (Entsch. XIII, 182).

9) §§. 1054, 1055 a. a. O. — Die Schenkung sub modo kann mithin ungeachtet der wirklichen Erfüllung des Modus simulirt sein, was gewissermaßen dem Begriffe der Simulation widerspricht. Dieser Ausweg ist aber deshalb nöthig gewesen, weil man keine Sonderung der verschiedenen Bestandtheile bei

rechtliche Natur des Rechtsmittels, im Falle der Nichterfüllung des Modus, bestimmt sich darnach: ob der Modus eine Bedingung oder eine Auflage ist. Die Bedingung löſ't das Geschäft auf und begründet die Vindikation oder die Kondiktion[10]; die Auflage muß actione praescriptis verbis erzwungen werden[11], doch nur durch den Schenker oder dessen Rechtsnachfolger, wenn auch ein Dritter den Vortheil genießen soll[12]. IV. Donatio ad pias causas, d. i. eine Species der Schenkung sub modo, indem sie in Zuwendungen an Anstalten, welche zu religiösen Zwecken, zur Armen-Unterstützung, Krankenpflege, Wittwen- und Waisen-Versorgung, zum Unterricht u. dergl. errichtet sind, besteht. Sie erfordert zu ihrer Gültigkeit noch etwas mehr als die gewöhnliche Schenkung, nämlich die Einwilligung der zuständigen Staatsobrigkeit[13]. V. Donatio mortis causa. Der bloße Name so wie die Aussetzung der Tradition bis zum Tode verändern die Natur einer gemeinen Schenkung noch nicht, ebenso wenn eine Todesgefahr Motiv oder Bedingung war. Nur wenn der Widerruf ausdrücklich bis zum Tode vorbehalten ist, wird das Geschäft als Legat behandelt (S. 304).

§. 612.

2. Verbindlichkeit zum Kontrahiren.

Darunter wird die einseitige Verbindlichkeit aus einer Willenserklärung verstanden, mit einem Andern auf dessen Verlangen ein Rechtsgeschäft zu schließen. Eine solche Verbindlichkeit begründet: I. das Vorkaufsrecht (§. 333); II. das pactum de mutuo dando. Das Paktum erfordert die für Konsensualverträge vorgeschriebene

---

gemischten Geschäften gestattet hat; wäre dieses, so bedürfte es einer solchen völlig unpraktischen Theorie nicht. Für die Anwendung derselben fehlt ein sicheres Kriterium.

10) L. 1, 3 C. eod. (VIII, 54); L 2, §. 7, L. 3, L. 1 pr. D. eod. — L. 2, 3, 6, 8 C. de condict. ob causam (IV, 6).

11) L. 9, 22 C. de donat. — L. 8 C. de rerum permut. (IV, 64); L. 3 C. de contrah. emt. (IV, 38).

12) Das Pr. R. erkennt also die hier nach Analogie der Fideikommisse im R. R. geltende Ausnahme (L. 3 C. eod.) nicht an.

13) G. vom 13. Mai 1833 (G. S. S. 49); K. O. vom 22. Mai 1836 (G. S. S. 195); R. v. 28. Mai 1836 u. K. O. vom 10. April 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 504); R. des Geistl. Min. v. 9. März 1834 und Publ. vom 5. April 1834 (v. Kamptz Annal. Bd. XVIII, S. 997).

Form [1]); durch die Annahme des Schuldscheins über den ganzen Betrag eines nicht in rechtsgültiger Form versprochenen Darlehns und die theilweise Zahlung der darin verschriebenen Valuta wird der Darlehnsgeber zur Nachzahlung des Restes nicht verpflichtet [1a]). 1. Es verpflichtet in dem Falle, wo der Darlehnssucher sich nicht seinerseits zur Annahme des Darlehns förmlich verbindlich gemacht hat, bloß den Versprechenden einseitig, das Darlehn auf Verlangen zu geben [2]). Der Suchende hat die Wahl: ob er auf Erfüllung klagen oder seinen etwa schon gegebenen Schuldschein zurückfordern und Schadensersatz verlangen will [3]). Gegen die Klage findet hauptsächlich der Einwand der veränderten Umstände, besonders wenn solche Veränderungen in den persönlichen oder Vermögensumständen eingetreten sind, welche die berücksichtigte Sicherheit schmälern [4]), statt. 2. Das Paktum kann auch in der Art einseitig geschlossen werden, daß der Eine schuldig sein soll, das Darlehn auf Verlangen des Andern zu nehmen; es kann selbst zweiseitig sein. Zur Begründung der Verbindlichkeit, ein Darlehn zu nehmen, ist dieselbe Form wie bei der Dasselbe zu geben erforderlich [5]). Diese Verbindlichkeit gestattet die Klage aber nicht auf Annahme des Darlehns, sondern nur auf Entschädigung, die, wenn kein höherer Betrag nachgewiesen werden kann, auf halbjährige landübliche Zinsen des versprochenen Kapitals bestimmt wird, ohne Unterschied: ob Zinsen versprochen waren oder nicht [6]). III. Das Wiederkaufsrecht [7]). Dieses besteht in der, in einem Kaufkontrakte durch Nebenabrede oder durch einen besondern Vertrag begründeten Verbindlichkeit entweder des Käufers, den Gegenstand dem Andern für einen geradezu oder beziehlich bestimmten Preis später wieder

1) I, 11, §§. 654, 658. — Simon, Rechtssprüche, Bd. I, S. 120. Keineswegs ist in jedem Falle die schriftliche Form erforderlich.

1a) Pr. 957, vom 12. Dezember 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 313).

2) §. 654 a. a. O. — Nach R. R. ist es in allen Fällen einseitig, weil der Zwang auf der Seite des Suchenden keinen Erfolg haben würde, indem er sogleich wieder Zahlung leisten könnte.

3) §. 655 das. — Die L. 68 D. de verb. obl. (XLV, 1) gestattet, im Falle stattgefundener Stipulation, nur die Interessen-Forderung.

4) §. 657 a. a. O. — S. o. §. 568, III.

5) §. 658 a. a. O. Auch hier ist nur bei Summen über 50 Thaler die schriftliche Form nöthig.

6) §§. 659, 660 a. a. O. — Das Interesse kann in der Gefahr der Aufbewahrung bestehen. Vergl. die Note 2.

7) I, 11, §§. 296—330. — Wilhelm Müller, civilistische Abhandlungen, Giessen 1833, Nr. I. — Leyser, Meditat. ad Pand., sp. 191. — Kommt in den Quellen des R. R. nicht vor. Recht der Ford. §. 246.

zu verkaufen (pactum de retrovendendo), oder des Verkäufers, dem Andern wieder abzukaufen (pactum de retroëmendo). Ist es unklar, welches von Beidem die Kontrahenten haben verabreden wollen: so wird das pactum de retrovendendo vermuthet[8]). Nicht zu verwechseln oder zu vermischen mit dem Wiederkaufsvertrage ist die einem Kaufe beigefügte, in ihren Wirkungen und Folgen von Jenem durchaus verschiedene Verabredung, daß, wenn der Eine oder Andere das Empfangene zurückgeben wolle, der Kauf aufgehoben sein solle (potestative Resolutivbedingung)[9]). 1. Der Käufer wird durch das Paktum in seinem Eigenthums- und Verfügungsrechte nicht beschränkt; er haftet dem Andern nur obligatorisch für das Interesse, und Dieser hat gegen Dritte kein Recht[10]). Die Obligation ist, ohne desfallsige Verabredung, aktiv nicht vererblich und nicht cessibel (§. 527, Nr. 3, g); die passive Vererbung ist unbestritten[11]). Mehrere Berechtigte oder mehrere Erben des Berechtigten können nur in Gemeinschaft das Wiederkaufsrecht ausüben[12]), zu den Erben gehören aber in dieser Beziehung nur die Substanzerben und die auf den Nießbrauch Gerufenen nehmen nicht Theil[12a]); von mehreren Verpflichteten ist Derjenige, welcher im Besitze der Sache ist, in Anspruch zu nehmen. 2. Folgende Umstände geben einzeln die Vermuthung, daß der Wiederkaufsvertrag simulirt sei, um ein wucherliches oder sonst anderes, namentlich ein Darlehns-Geschäft darunter zu verstecken: a) Wenn der Kaufs- und Wiederverkaufspreis beträchtlich verschieden sind, mag der Wiederverkaufspreis höher oder niedriger sein; b) wenn bei einer fruchttragenden oder nutzbaren Sache beide Preise in Vergleich zu dem wahren Werthe sehr niedrig bestimmt

---

8) §. 327 a. a. O. Ist interpretatio voluntatis.

9) L. 7 C. de pact. inter. emtor. et vendit. (IV, 54). Die im §. 297 a. a. O. getroffene Bestimmung beruhet auf dieser Vermischung; bei dem in Folge eines Wiederkaufsrechts geschlossenen Kaufe kommt auf die Früchte und Nutzungen in der Zwischenzeit gar nichts an. Neuere nennen diese Verabredung der Bedingung ein verbis resolutivis geschlossenes pactum de retrovendendo.

10) §§. 264, 265 a. a. O. — Cocceji, jur. civ. controv. L. XVIII, tit. 1, qu. 36. — Overbeck, Meditat. Bd. III, Nr. 180. — Carpzov, Jur. for. P. II, const. 1, def. 17, no. 3.

11) L. 2 C. de pact. inter emtor. et venditor. (IV, 54).

12) Weil es untheilbar, L. 78, §. 2 D. de contrah. emt. (XVIII, 1), und nach Pr. R. auch wegen der Gemeinschaft. §. 320 a. a. O. — S. oben §. 517.

12a) Angenommen von dem III. S. des Ober-Trib. am 16. März 1849, in Sachen Aschmann c. Sturies 755/3010 III, 48.

sind, zugleich aber die Zeit des Wiederkaufs ungewöhnlich kurz bestimmt ist[13]. 3. Der Wiederkäufer hat folgende Obliegenheiten: a) Er muß den Verpflichteten zum Rückverkauf, oder, wenn eine bloße Aufhebung des alten Kaufs verabredet worden ist, zur Rückgabe der Sache auffordern. Im erstern Falle hat er die Zahlung gegen Uebergabe der Sache zu leisten, im andern Falle hingegen sogleich bei der Aufforderung reell anzubieten[14]. Enthält der Wiederkaufsvertrag keine Bestimmung des künftigen Kaufpreises, so ist die Verabredung kein wahrer Wiederkaufsvertrag, sondern die Beifügung einer Resolutivbedingung, und es versteht sich dann der alte Kaufpreis von selbst[15]. b) Er muß dem Wiederverkäufer die Verwendungen nach Verschiedenheit der Fälle erstatten. Wenn der Kaufpreis beziehlich in der Art verabredet worden ist, daß er zur Zeit des Wiederkaufs durch Dritte (Taxe) bestimmt werden soll, so kommt nichts auf die Verwendungen an, weil dann der Zustand der Sache schon bei der Preisbestimmung berücksichtigt wird. Ist dagegen der Preis schon in dem Wiederkaufsvertrage voraus bestimmt, oder der frühere Kaufpreis zu erstatten; so ist dabei der damalige Zustand der Sache berücksichtigt, und es kommen folgerecht die Verbesserungen wie die Verschlimmerungen in Betracht. Für diesen Fall nun gelten folgende Regeln: aa) Für Lasten und Unterhaltungskosten hat der Wiederverkäufer nichts zu fordern[16], mit Ausnahme der Kosten für Wiederherstellung der durch Unglücksfälle, z. E. Brand, beschädigten Sache: von solchen Kosten soll der Wiederkäufer soviel erstatten, um wieviel sie die Einkünfte des Jahres, in welchem das Unglück sich ereignet, nach Abzug der sonst zur wirthschaftlichen Benutzung der Sache erforderlich gewesenen Kosten übersteigen[17].

---

13) §§. 321—326 a. a. O. Die Bedingung der Kürze der Zeit paßt zu b nicht; sie gehört zu a oder begründet für sich allein eine Vermuthung, wie andere Rechte in der That annehmen. Vergl. Reichspol. Ordn. von 1548, Tit. 17, §§. 1 u. 7. — c. 5 X. de emt. (III, 17); c. 4 X. de pignor, (III, 21).

14) §. 308 a. a. O. Beide Fälle sind hier wieder vermischt.

15) §. 296 das. Vergl. o. §. 231, II, 1, b. — Ist eine Münzveränderung dazwischen gekommen, so gelten die allgemeinen Grundsätze. §. 307. S. oben §. 457.

16) I, 11, §. 306. — **Leyser**, sp. 191, m. 13. — **Müller** ad Leyser, obs. 394.

17) §. 307 a. a. O. — Die Meinungen darüber widersprechen sich. Die Entscheidung des A. L. R. trifft nicht das Rechte. Recht der Ford. §. 248, Nr. 2, a.

bb) Nützliche Verwendungen, selbst wenn sie von Dritten zu Gunsten des Wiederverkäufers gemacht sind, müssen soweit, als die dafür gemachten Erwerbungen, Erweiterungen oder Einrichtungen zur Zeit des Wiederkaufs noch vorhanden sind und dem Wiederkäufer zukommen, ersetzt werden. cc) Zufällige oder natürliche Verbesserungen durch An- und Zuwüchse sind nicht zu vergüten[18]). dd) Die von dem Wiederverkäufer auf die Erwerbung verwendeten Kosten, z. E. Notariatsgebühren, Stempel, Laudemien, sind nicht zu erstatten[19]), und die Kosten des neuen Wiederkaufskontrakts hat der Wiederkäufer allein zu tragen[20]). 4. Der Wiederverkäufer hat auf Verlangen des Berechtigten den neuen Kaufkontrakt mit ihm abzuschließen und auf Grund desselben, oder wenn der Fall so ist, daß der bloße Widerruf des alten Kontrakts genügt, auf die ergehende Aufforderung die Sache mit Zubehör, jedoch nur gegen Zahlung des Preises und der Verbesserungskosten, zu übergeben[21]). Hat er sich dazu durch Vorsatz oder grobes Versehen außer Stand gesetzt, so hat er das ganze Interesse zu erstatten; Unmöglichkeit in Folge des Zufalls oder eines geringen oder mäßigen Versehens hebt die Verbindlichkeit ganz auf[22]). Ob Verschlimmerungen zu ersetzen sind, hängt davon ab: ob der Preis schon voraus auf eine bestimmte Summe verabredet ist. Wird erst zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs der Preis nach dem damaligen Stande durch Dritte (Taxe) bestimmt, so fällt die Frage weg. Andernfalls muß der Wiederverkäufer die durch Verkauf einzelner Theile oder Pertinenzien, oder durch ein auch nur geringes Versehen verursachten Verschlechterungen vergüten[23]). 5. Die Obligation erlischt: a) durch Ablauf der bestimmten Zeit[24]); b) durch den Tod des Berechtigten, wenn keine Zeit zur Ausübung

---

18) §§. 303—305, 108 a. a. O. — L. 7 D. de periculo et commodo (XVIII, 6).

19) Auch hierüber sind die Meinungen verschieden. Recht der Ford. §. 248, Note 13.

20) §. 310 das. — Ist positive Bestimmung; nach Rechtsgrundsätzen müßte jeder Theil seine eigenen Kosten tragen.

21) §§. 297, 105—107 a. a. O. — Cocceji l. c. XVIII, 5, qu. 43.

22) §§. 301, 302 a. a. O. Daß auch das mäßige Versehen freimachen soll, ist eine Anomalie. Vergl. I, 6, §. 13.

23) §§. 298—300 a. a. O. — Versäumung des nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft schuldigen und möglichen Ersatzes des Abganges aus dem Zuwachs ist ein vertretbares Versehen. §. 303 das.

24) §. 314 a. a. O.

bestimmt ist[25]); c) durch Verjährung, wenn keine Zeit bestimmt und das Recht nicht vererblich ist; denn ist die Ausübung zu allen Zeiten vorbehalten oder sonst ausdrücklich auch für die Erben ausbedungen, so gilt keine Verjährung[26]). Außerdem erlischt das Recht durch eine 30jährige Verjährung, welche von da anfängt, wo das Recht ausgeübt werden konnte. Dieses ist bei dem wirklichen pactum de retrovendendo der Tag der Uebergabe oder, wenn diese schon vor der Abschließung des Kaufkontrakts geschehen war, der Tag der Vollziehung desselben; bei der Verabredung einer bloßen Aufhebung hingegen der Augenblick nach der Abschließung des Kontrakts[27]). d) Durch zufällige oder aus geringem oder mäßigem Versehen des Verpflichteten verursachte Unmöglichkeit (22).

III. Das Darlehn.

A. L. R. I, 11 §§. 653—868. — Recht der Forderungen, §§. 252—257. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur sind vorzugsweise belehrend: **Donellus** Commentar. de jur. civ. Lib. XIV, cap. I; **Cujacius**, Recitat. ad L. 1—22 D. de rebus creditis (in opp. posthum. T. IV, P. I); dann die Schriften von Alciat, Janus a Costa, Merill und Goeddaeus über den Pandektentitel de rebus creditis.

§. 613.

1. Begriff und Eingehung.

I. Darlehn (mutuum, mutui datio, res credita) ist das Hingeben einer Menge vertretbarer (fungibler) Sachen (§. 87) zum Gebrauche mit dem Bedinge der Zurückgabe in derselben Gattung und Menge. 1. Von dem Leihkontrakte (Kommodate) unterscheidet es sich dadurch, daß bei dem Letztern auf die Species gesehen wird und der Gebrauch nothwendig unentgeltlich gestattet werden muß, welches Letztere zwar auch bei dem Darlehne vorkommen kann doch nicht muß. In Folge der ersten Eigenthümlichkeit des Darlehns wird der Darlehnsnehmer Eigenthümer der ihm gegebenen Sachen[1]), und nach der Zweiten unterscheidet man unverzinsliche

---

25) §. 316 a. a. O. War streitig.

26) §. 317 a. a. O. Dadurch ist eine von drei verschiedenen Meinungen der gemeinrechtlichen Civilisten angenommen. Recht der Ford. §. 250.

27) Man ist darüber nicht einig; das A. L. R. hat keine besondere Bestimmung. Recht der Ford. §. 250 a. E.

1) I, 11 §§. 661. — L. 1 §. 2 D. de oblig. et act. (XLIV, 7); Pr. J. quibus modis re contrahitur obligatio (III, 15).

und verzinsliche Darlehne. Die Ersteren gehören, wenn der Darlehnsgeber nicht ein Interesse bei der sichern Unterbringung seiner Sachen hat, zu den wohlthätigen Geschäften im weitern Sinne (§. 607); die Letzteren zur Klasse der Miethsverträge. 2. Nach den Arten der zum Darlehn gegebenen Sachen unterscheidet das Pr. R. eigentliche und uneigentliche Darlehne. Ein eigentliches Darlehn wird es genannt, wenn gangbare Geldmünzen, Papiergeld und geldwerthe, auf jeden Inhaber lautende, unter besonderer Staatsautorität in Umlauf gesetzte Instrumente über Geldsummen gegeben werden; uneigentliches heißt es, wenn das Geschäft in andern fungiblen Sachen gemacht ist[2]). Der Unterschied ist bloß nominell. Es wird aber ein eigentliches Darlehn dadurch nicht zu Stande gebracht, daß statt baaren Geldes andere fungible Sachen, namentlich öffentliche Geldpapiere, gleichsam in Zahlung nach dem Nennwerthe gegeben werden, es ist verboten, sich dabei die baare Zurückzahlung nach dem Nominalwerthe auszubedingen; der Geber kann nur den zur Zeit der Eingehung des Geschäfts gangbaren Kurs zurückfordern[2a]). Die Praxis hat angenommen, daß diesem Falle der Fall gleichstehe und für verboten gelte, wo dem Gläubiger das Recht eingeräumt worden, die Zurückforderung der statt baaren Geldes gegebenen Papiere in den dargeliehenen Papieren nach dem Nominalwerthe zu fordern[2b]). Um den Satz juristisch zu finden, muß vorausgesetzt werden, daß bei Eingehung des Geschäfts die Absicht auf ein eigentliches (Geld-) Darlehn gegangen ist und der Schuldner die Papiere dazu erhalten hat, um sie auf Gefahr des Gläubigers zu verwerthen und das dafür empfangene Geld als Darlehn zu nehmen. Ist aber die Absicht dahin gegangen, daß der Schuldner die Papiere als solche zum Darlehn empfangen solle, so muß es, ebenso als wenn er Weizen leihet, erlaubt sein, solche in gleicher Art und Menge zurückzufordern. Zweifelhaft ist es, ob dadurch allein, daß bei einem Darlehn in Pfandbriefen oder in andern geldwerthen, auf den Inhaber lautenden, mit Zinskoupons versehenen Papieren, zugleich die Koupons ausgehändigt worden, eine Verpflichtung des Dar-

---

2) §§. 653, 853 a. a. O. — Vergl. II, 8, §§. 1184, 1185.

2a) Deklaration der V. vom 14. Juni 1810, vom 4. April 1811 (G. S. S. 169).

2b) Pr. des Ober-Trib. 1292, v. 15. April 1843.

lehnsempfängers, bei Erstattung des Kapitals in Papieren gleicher Art auch die Koupons seit dem Tage des Empfanges zurückzugewähren, oder deren Geldbetrag zu vergüten, schon begründet werde[2c]). II. Eingegangen wird das Darlehn durch die Handlung des Gebens und Nehmens in der entsprechenden Absicht[3]). Kommt daneben eine schriftliche[3a]) Verabredung vor, durch welche der Empfänger eine höhere Summe als die Empfangene zurückzuzahlen verspricht, so gilt der Kontrakt doch nur auf den Betrag der wirklich gegebenen Summe[4]), es sei denn, daß die versprochene höhere Summe von der Gegebenen unterschieden und als Zinse ausbedungen worden, auch nicht den Wuchergesetzen zuwider wäre[5]). (S. das Nähere o. §. 458). Lautet die Verschreibung über ein baares Darlehn, während eine Forderung in Zahlung auf die

---

2c) Das Ober-Trib. hat es nach seinem Pr. 1916, vom 4. Oktober 1847 (Entsch. Bd. 15, S. 160) gegen den Ausspruch des Appellationssenats zu Berlin, verneint, aus nicht überzeugenden Gründen. Die Zinskoupons seien nicht, wie der App. R. meint, als Gegenstände des Darlehns neben den Pfandbr. zu betrachten, die deshalb auch wieder mit zurückgegeben werden müßten; sondern sie seien Bedingung des Verbrauchs der Pfandbriefe. „Er (der Darlehnsnehmer) muß sie erhalten, um die Pfandbriefe den Zwecken eines Darlehns gemäß benutzen zu können." Das ist aber thatsächlich unwahr; man kann Pfandbriefe ohne Koupons in ausgemünztes Geld umsetzen und solchergestalt verbrauchen, nur erhält man dafür weniger als für Pfandbriefe mit Koupons. Man kann selbst die Koupons allein, ohne den Pfandbrief, als Dahrlehn geben; sie sind gleichfalls zu verwechseln, auch wenn sie erst künftig fällig werden. Nach der Jurisprudenz des Ober-Trib. müßte also wol Jemand, der bloße Koupons dargeliehen hätte, gar keinen Anspruch auf Rückzahlung haben! Der Grund des Appell. Richters, daß der Darlehnsnehmer nicht soviel als er empfangen, wiedergeben würde, wenn er nicht zugleich die mitempfangenen Koupons zurückerstattete, juristisch und schlagend, ist durch die Worte des Ober-Trib. gar nicht widerlegt. Eigentlich sollten dergleichen Geldpapiere nicht Gegenstand eines Darlehns sein können; denn sie sind fruchttragende Sachen, auf welche die Lehre von Zinsen unanwendbar ist.

3) §§. 653, 661, 727, 757 d. T. Daran knüpft sich die bei hypothekarischen Schuldverschreibungen praktisch wichtige Folge, daß die Schuldverschreibung gar keine Verbindlichkeit begründet und daß die auf Grund einer solchen Verschreibung erfolgte Eintragung ungültig ist, insoweit keine Valuta darauf gezahlt worden. Daher kann der Cessionar, welcher dies weiß, kein Recht erwerben, und ihm kann, da es lediglich auf die Thatsache des Wissens (Dolus) ankommt, der Einwand, daß ihm solches vor der Cession kund gegeben worden, mit Erfolg entgegengesetzt werden, auch wenn der Schuldner nicht den Einwand der nicht erhaltenen Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen. Pr. des Ober-Trib. v. 12. Decbr. 1848 in Sachen Gerver w. Gast 497/980 III, 48, u. Pr. v. 20. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 270).

3a) Die mündliche Verabredung gilt schon wegen ihrer Form nicht.

4) I, 11 §§. 733, 740. — L. 11 §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 17 pr. D. de pactis (II, 14).

5) Doch hat dieser Theil der verschriebenen Summe immer nicht die Eigenschaften des Kapitals. §§. 815—818. — L. 11, §. 1 D. de rebus cred.

Valuta cedirt worden ist, oder ein aus einer s. g. Geschäftsverbindung verbliebener Saldo zum Grunde liegt, so ist das Geschäft kein Darlehn und die dafür bestellte Hypothek ist ungültig [5a]). In dem erstern Falle kommt es auf das der Cession zum Grunde liegende Rechtsgeschäft an, und in dem Andern auf die Abrechnung und den Grund der darin enthaltenen Positionen; die Novation, wenn eine solche der Darlehnsverschreibung vorausgegangen wäre, würde nur mündlich verabredet sein, folglich nichts gelten, da die Novation wesentlich ein formelles Rechtsgeschäft ist.

§. 614.

2. Erfordernisse.

Der verbindlichmachende Grund (causa efficiens) ist wesentlich die Verschaffung des Eigenthums; ohne diese entsteht keine Darlehnsobligation [6]). Unter dieser Voraussetzung aber kann in fast allen Arten beweglicher Sachen ein Darlehn kontrahirt werden, es ist durchaus nicht nothwendig, daß der Gegenstand verbrauchbare (§. 87) Sachen seien. Um ein gültiges Darlehn zu schließen, ist erforderlich: I. In der Person des Gläubigers: 1. Er muß Eigenthümer der Sachen sein [7]). Der Mangel des Eigenthums wird ersetzt: a) durch Verjährung, b) durch Verbrauch und c) durch Untergang der Unterscheidbarkeit (Vermischung, commixtio), vorausgesetzt, daß der Empfänger in gutem Glauben ist. So lange der Mangel nicht gehoben ist, kann der Eigenthümer vindiziren oder, wenn die Sachen verbraucht oder vermischt sind, und der Empfänger wissentlich fremde Sachen nahm, von ihm als von einem fictus possessor mit derselben Klage den Werth nebst Zinsen seit dem Tage des Empfangs fordern [8]). War der Empfänger in gutem Glauben, so wird eine Darlehnsobligation angenommen, und der Geber gilt so lange für den Gläubiger, bis der Eigenthümer sich findet und dem Schuldner die Zahlung an

---

5a) Ang. in der Sache Gerver w. Gast (s. Note 3) und in der Sache Berstorf w. Abt, 713/2853 III, 48, v. III. S. des Ober-Tr. am 2. Febr. 1849.

6) §. 661 a. a. O. — L. 2, §. 2 D. de reb, cred. (XII, 1); Pr. J. quibus mod. re (III, 15); §, 2 J. quib. alienare (II, 8) — §. 613 Note 2a.

7) §§. 661, 662 a. a. O. — L. 2 §. 4, L. 16 D. eod.

8) §§. 662, 663, 665 das. — L. 12, L. 13 pr. §. 1, L. 19 §. 1 L. §. 2 D. eod.

den Geber gerichtlich untersagen läßt. Sind in diesem Falle die Sachen nicht mehr vorhanden oder nicht unterscheidbar, so tritt er, wenn er will, von selbst (ipso jure) als Gläubiger in die Darlehnsobligation[9]; will er nicht[10], so kann er den Werth seiner Sachen kondiziren oder actione in factum fordern. 2. Er muß verfügungsfähig sein, sonst gelten die vorigen Grundsätze[11]. 3. Er muß dem Empfänger die Sachen in der Absicht geben, ihn zum Eigenthümer derselben zu machen. Die Ueberlieferung muß nicht gerade aus Hand in Hand geschehen, vielmehr kommen auch hier die verschiedenen Arten der Besitzübertragung zur Anwendung. Folgende Fälle können eintreten: a) Ein Dritter giebt α) in seinem eigenen Namen die dem Darlehnsgeber gehörigen Sachen: dann nimmt das Verhältniß die so eben (Nr. 1) erwähnte Gestalt an[12]; β) im Namen des Darleihers und zwar αα) dessen Sachen: dann wird Dieser, wenn er aufgetragen hat oder genehmigt, ohne Umstände Darlehnsgläubiger[13]; ββ) seine eigenen Sachen: dann wird gleichwohl Derjenige, auf dessen Namen gegeben ist, Gläubiger[14]; doch soll der Geber sich in der Folge dennoch selbst, durch seine eigene Erklärung, zum Gläubiger machen können, indem die unter Nr. 1 gedachten Grundsätze zur Anwendung kommen sollen[15]. b) Es wird nichts gegeben, sondern der Empfänger soll Das, was er aus einem andern Titel schon hat, auf das Darlehn behalten. α) Ist Solches Eigenthum des Darleihers, z. E. Depositum, so wird das Darlehn durch bloße Willenserklä-

---

9) §§. 665—668 a. a. O. — Neu ist, daß ohne Wissen und Willen des Eigenthümers ihm eine Obligation erworben wird.

10) Man muß annehmen, daß ihm Das freisteht, denn er soll zugleich in die von dem Geber verabredeten, wenngleich sehr lästigen Bedingungen, eintreten. §§. 667, 668. Wird so die Bestimmung verstanden, so mildert sich die Anomalie (S. die vor. Note), indem die Erwerbung auf den Willen des Eigenthümers vermittelst der zurückwirkenden Genehmigung bezogen werden könnte.

11) §§. 662, 674 a. a. O. — §. 2 J. quibus alienare (II, 8) — L. 17, 19 §. 1, L. 12 D. de rebus creditis (XII, 1).

12) Nach R. R. erwirbt hier der Eigenthümer keine mutui obligatio, weil der animus fehlt. L. 7 C. de reb. cred. (IV, 1).

13) Weil das Darlehn wesentlich re kontrahirt und dadurch mit dem Eigenthümer, wenn er will, in Verbindung gebracht wird. L. 2 §. 4, L. 9 §. 8, L. 15 D. eod.

14) §. 671 a. a. O. — Beruht auf den Regeln vom constitutum possessorium und auf dem Grundsatze von der Erwerbung durch freie Stellvertreter. Die Röm. Rechtsquellen stellen diesen Fall noch in seinem Entwickelungsstadium dar, daher der darin ausgedrückte Zweifel. L. 2, §. 4, L. 15 D. eod. — L. 34 pr. D. mandati (XVII, 1).

15) §. 673 a. a. O. — Diese Satzung ist juristisch nicht zu erklären.

rung vollzogen[16]). β) Ist der Gegenstand des Darlehns noch nicht im Eigenthume Dessen, der das Darlehn geben will, wie z. E. wenn ihm der Darlehnssucher Sachen der Gattung, in welchen das Darlehn gemacht werden soll, schuldig ist: so kann nach Pr. R. das Darlehn **nicht** durch bloße Willenserklärung zu Stande kommen[17]). 4. Er muß ein Darlehn schließen wollen[18]). II. In der Person des Schuldners: 1. Er muß die Sachen empfangen und Eigenthümer davon werden; 2. er muß verfügungsfähig sein[19]); 3. er muß nicht gesetzlich unfähig sein, Darlehne aufzunehmen. Dazu unfähig sind Folgende: a) Prinzen und Prinzessinnen, welche durch Geburt oder Heirath zum Königlichen Hause gehören, so lange ihnen die Einwilligung des Regenten fehlt, nicht auch Prinzessinnen, welche durch Heirath in eine andere Familie übergegangen sind[20]); b) aktive Subaltern-Offiziere (Lieutenants) ohne vorher ertheilte schriftliche Einwilligung ihres Regiments-Kommandeurs. Deren unkonsentirte Anleihen begründen jedoch nur für den Geber keine Obligation, vielmehr tritt in dessen Stelle ipso jure der Fiskus[21]). Deshalb kann der Geber weder den Schuldner liberiren noch durch späteres Anerkenntniß Seitens des Empfängers die Forderung erwerben und dem Fiskus entziehen[22]). Ausgenommen von dieser Verordnung sind: aa) Wechsel über das bei Assoziationen bei der Militair-Wittwen-Kasse gestundete

---

16) I, 14 §§. 83, 84. — L. 9 §. 9, L. 10 D. de reb. cred. (XII, 1).

17) §. 712, 866—868 a. a. O. — Anders nach L. 15, 11 pr. D. eod, — L. 8 C. eod. — L. 3 §. 3 D. ad S. C. Maced. (XIV, 6). Dabei ist keine Novation. — Die L. 34 D. mandati (XVII, 1) berichtet altes Recht.

18) L. 11, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 17 pr. D. de pact. (II, 14).

19) §. 674 a. a. O.; I, 5, §§. 9 ff. — L. 10 i. f., L. 12 D. de pactis (II, 14); L. 13, §. 1 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 4 §. 4 D. de doli mali except. (XLIV, 4).

20) §§. 676, 677 a. a. O. — Ed. v. 15. Juli 1769 (N. C. C. de 1769 Col. 5595).

21) §§. 678—699 a. a. O. — K. O. v. 27. Juli 1825 (G. S. S. 188). — R. v. 29. Novbr. 1809 (Rabe, Bd. X, S. 194; Mathis, Bd. VIII, S. 507). Wenn Sachen auf Kredit gegeben worden sind, so hat zwar der Geber auch kein Klagerecht, allein die kreditirte Summe verfällt nicht dem Fiskus. Pr. 327 v. 4. Septbr 1837 (Entsch. II, 360).

22) Man ist darüber nicht einig. S. Konkl. der Ges.-Kommiss. v. 30. April 1793 (Rabe Bd. II, S. 429); Recht der Ford. §. 252, Bd. III, S. 273 ff. Die Fassung des §. 684: „so ist der Darlehnsvertrag null und nichtig, der Gläubiger hat niemals die geringste Wiederbezahlung zu hoffen; und das wirklich Gegebene fällt, zur Strafe, dem Fiskus unwiderruflich anheim", — diese Fassung gestattet zwei Auffassungen des Rechtsverhältnisses. Nach der Einen, die hier für die richtige gehalten wird, tritt der Fiskus ipso jure in das Darlehns-Forderungsrecht des Gläubigers, gleich einem Cessionar. Gründe für die Auf-

Antrittsgeld[23]); bb) Anleihen der Kompagnie- und Eskadronschefs (aber nicht der bloßen s. g. Führer und auch nicht der aggregirten Hauptleute), und die Anleihen der zum Unterstabe gehörigen Personen (Militairbeamte); doch stehen dergleichen unkonsentirte Darlehnsschulden den konsentirten in den Gehaltsabzügen nach[24]); cc) eingetragene oder solche Schulden, wofür fällige oder im nächsten Termine fällig werdende Einkünfte von Grundstücken und Präbenden, Zinsen von Kapitalien und andere jährliche, nicht zu den Diensteinkünften gehörige Hebungen, sogleich bei Abschließung des Geschäfts angewiesen oder verpfändet worden sind, wogegen Verfügungen über später fällig werdende Hebungen in jeder Form für Umgehung des Verbots angesehen werden[25]); dd) Darlehne, welche ausdrücklich zu Dienstausgaben gegeben und dazu wirklich verwendet worden sind, vorausgesetzt, daß es unmöglich gewesen, den erforderlichen Konsens vorher zu erlangen und daß der Regiments-Kommandeur sogleich, nachdem der Vorschuß gemacht wor-

---

fassung sind ihr juristischer Charakter und die Fassung der Deklar. v. 27. Juli 1825 (Note 21), „wonach zur Zurückforderung des Gegebenen (ohne wucherliche Erhöhung) der Fiskus, statt des ursprünglichen Gläubigers, berechtigt sein soll." Dann ist die Bestimmung des §. 684: „so ist der Darlehnsvertrag null und nichtig" auf das Verhältniß des Gebers zu beziehen, in dessen Stelle eben der Fiskus tritt, und es können alle accessorischen Rechte aus dem Darlehnskontrakte von dem Fiskus geltend gemacht werden, denn die Darlehnsklage geht nie auf wucherliche Erhöhungen, sondern immer nur auf „das wirklich Gegebene". Nach der andern Auffassung ist gar kein Darlehnskontrakt juristisch vorhanden, das Geben ist auf Seiten des Gebers ein datum ob turpem causam, und daher hat der Fiskus die condictio ob turpem causam, I, 16, §. 205 u. 206. Als Grund dafür giebt man die Worte des §. 684: „so ist der Darlehnsvertrag null und nichtig", die aber auch, wie gesagt, auf das Verhältniß des Gebers bezogen werden können. Dagegen spricht überdies, daß man für die turpis causa eine Fiktion zu Hülfe nehmen muß. Bei dieser Auffassung kann der Fiskus die accessorischen Rechte nicht geltend machen, namentlich nicht die Zinsen ex stipulatu fordern. — Das Verhältuiß zwischen dem Geber und dem Fiskus ist das der Singularsuccession. Hat der Geber Rückzahluug in Empfang genommen, so ist er Besorger eines Geschäfts des Fiskus. Der Fiskus hat die Wahl: ob er die Geschäftsführung gut heißen will oder nicht. Genehmigt er solche, so ist der Schuldner liberirt und der negotiorum gestor muß Rechenschaft geben; genehmigt er nicht, so muß der Schuldner noch einmal bezahlen nnd kann sich an den Zahlungsnehmer condictione causa data halten. Die Deutung, wonach der Fiskus nichts haben soll, wenn der Geber das Darlehn bereits wieder eingezogen hat, ist unjuristisch. — Das Ober-Trib. hat nach dem Pr. 1737 v. 8. April 1846 angenommen, daß ein, nach dem Ausscheiden des Schuldners aus dem Militairdienst, der Vorschrift I, 5 §. 37 gemäß erfolgtes, Anerkenntniß den Anspruch des Fiskus aufhebe. Das widerspricht allen möglichen Auffassungen des Rechtsverhältnisses.

23) K. O. v. 3. Jauuar 1816 (G. S. S. 93). Hier ist gar kein Darlehn.

24) I, 11, §§. 685, 698. Früher s. g. Stabskapitains sind nicht mehr.

25) §. 688 a. a. O. — Entsch. der Ges.-Kommiss. v. 6. Juni u. 26. Dezbr. 1789 (N. C. C. Tom. VIII, Col. 2847).

den und der Geber zur mündlichen oder schriftlichen Angehung des Kommandeurs Gelegenheit gehabt, Anzeige erhalten hat[26]. c) Portepeefähnriche[27], Unteroffiziere, gemeine Soldaten und die Ehefrauen aller dieser Personen, ohne schriftliche Einwilligung ihres Kompagnie- oder Eskadron-Chefs[28]; der bloß auf Uebernahme einer Bürgschaft gerichtete Konsens ermächtigt nicht zur Uebernahme einer selbstschuldnerischen Verpflichtung[28a]. d) Die bei den Königlichen Sang- und Schauspielen, bei der Hofkapelle, bei den Schauspielen oder der Kapelle der Königin angestellten Personen, welche jedoch nur in soweit unfähig sind als gegen sie, so lange sie im Dienste sind, keine persönliche Klage statthaft ist; Pfand- und Hypothekenklagen und die persönliche Klage gegen die Erben des im Dienste sterbenden Schuldners sind unbenommen[29]. — Ob durch diese Beschränkungen ein Vortheil oder ein Nachtheil der genannten Personen bezweckt wird, weiß man nicht[30]. e) Studirende unter gewissen Voraussetzungen[31]. 4. Er muß sich in der Person des Darleihers nicht irren, sonst mangelt der Konsens; der Geber hat dann statt der Darlehnsklage die condictio sine causa (die s. g. condictio Juventiana)[32].

§. 615.

3. Verbindlichkeiten.

I. Die Obligation aus dem Darlehne ist streng einseitig, der Geber hat gar keine Verbindlichkeit. Der Schuldner ist verbunden, das Empfangene in derselben Gattung, Güte und Menge zurückzuzahlen, wobei er bis zur Zahlung die Gefahr trägt[1], weil er

26) §§. 690, 691 a. a. O. — Das Anerkenntniß des Schuldners beweis't hier nicht zum Nachtheil des Fiskus.

27) Entsch. des Ober-Trib. Bd. II, S. 360, ff.; Bd. IV, S. 93 ff.

28) §. 700 a. a. O., welcher durch die neue Verfassung nicht verändert ist. Vergl. die Verordn. vom 18. März 1811 (G. S. S. 5). Pr. 1869a, s. die folg. Note

28a) Präj. des Ober-Trib. 1869 v. 10. Mai 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 463).

29) §§. 704—706 das.; Anh. §. 24; R. v. 7. Aug. 1797 (Rabe, IV, 225).

30) Gans, Beiträge, S. 480 flg. — Wie es scheint ist dabei auf die Parteien gar nicht, sondern auf den Vortheil eines Dritten gesehen.

31) II, 12, §§. 99—109; Anh. §. 143.

32) L. 32, L. 18 §. 1 D. de rebus creditis (XII, 1).

1) L. 9, §. 9, L. 11 pr. §. 1 D. eodem. S. o. §. 453.

debitor generis ist (§. 453). Nebenbestimmungen, welche von den gesetzlichen Modalitäten über Zeit (§. 479), Ort (§. 480) abweichen, erfordern, ohne Unterschied der Summe, zu ihrer Rechtsverbindlichkeit die schriftliche Form; der Gläubiger wird zur Festhaltung solcher Zahlungsmodalitäten durch den Inhalt des Schuldscheins und die stillschweigende Annahme desselben nicht verpflichtet, vielmehr ist hierzu auch seinerseits eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung erforderlich[2]). Der Gläubiger hat aus diesem Kontrakte die s. g. condictio ex mutuo, richtiger condictio certi crediti, welche auf Kapital, Interesse und Verzugszinsen geht, weil sie, wiewohl ursprünglich stricti juris[3]), durch die deutsche Gesetzgebung in eine bonae fidei actio verwandelt worden ist, in welcher Gestalt sie sich im Pr. R. wiederfindet[4]). Vorbedungene Zinsen können mit dieser Klage nicht gefordert werden (§. 461), in der Anwendung werden aber beide Klagrechte kumulirt. II. Die gemeinrechtliche exceptio non numeratae pecuniae, die sich auf den Fall bezog, wo der Realkontrakt mit einer formellen Obligation zusammentraf und die Letztere auf eine höhere Summe lautete als gegeben worden war[5]), ist im Pr. R. wesentlich dadurch beseitigt, daß eine formelle Obligation mit dem Realkontrakte in der Regel nicht zusammentreffen kann. Der bei dem Darlehn vorkommende Schuldschein begründet nämlich keine Obligation, er ist — abgesehen von gewissen Nebenbestimmungen — von der Aushändigung an ein bloßes Beweismittel, gegen welches jeder Gegenbeweis zulässig ist, ohne Unterschied: ob der ursprüngliche Gläubiger, oder ob dessen Rechtsnachfolger klagt[6]). Denn der Einwand nicht empfan-

---

2) §. 729 d. T. — Pr. 1128, vom 23. April 1842. Eine Ausnahme von der Regel, daß bei Gegenständen bis zu 50 Thlr. werth die mündliche Form genügt (§. 550). Man hat jedoch, was die Zahlungszeit betrifft, vor Fällung eines Ausspruchs über Unverbindlichkeit, Alles wohl zu berücksichtigen. Wäre z. B. bei einem auf bloß mündliche Abrede gegebenen Darlehn von 100 Thlr. die Zurückzahlung auf einen bestimmten, erst nach 3 Monaten eintretenden Tage ausbedungen, so würde man dies mit Unrecht für ungültig halten; denn die Erklärung des Gläubigers wäre eine gleichzeitige Kündigung, welche mündlich geschehen kann.

3) L. 22 D. eod. — Pr. J. quibus modis re (III, 15).

4) §. 827 d. T. — Reichs-Dep.-Abschluß von 1600, §. 139.

5) Darüber und über den Literalkontrakt des alten und neuen R. R. s. Recht der Ford. §. 254 und die daselbst angegebene Literatur, welcher noch beizufügen: Gajus Inst. III, §§. 128—134; Heinrich Schüler, die literarum obligatio des ältern R. R. Breslau 1842.

6) §§. 732—736 d. T. Hierin geht also das Pr. R. von dem Gemeinen von Grund aus ab. Der Ausdruck des §. 725; „Einwand der nicht erhaltenen

gener Valuta wird an sich gar nicht durch die Wissenschaft des Cessionarius bedingt[7]), er enthält wesentlich ein Bestreiten des rechtlichen Klagegrundes. Daher ist auch, wenn z. B. ein Schuldschein als über ein baares Darlehn ausgestellt und auf einen Theil der Valuta eine Forderung des Gläubigers an einen Dritten dem Darlehnsnehmer cedirt worden ist, das Darlehn und die dafür bestellte Hypothek insoweit, dem Darlehnsgeber gegenüber, nichtig, mag die Verabredung, daß die fragliche Cession auf Anrechnung des Darlehns geleistet werden solle, vor oder nach Ausstellung der Darlehns- und Hypothekenverschreibung getroffen worden sein[8]). — Eine Ausnahme von der Regel, daß der Schuldschein ein bloßes Beweismittel ist, gilt bei eingetragenen Forderungen nur in Beziehung auf die Hypothekenklage. Hier wird das Vorbringen der mangelnden Zahlung der Valuta ein eigentlicher Rechtseinwand, d. h. ein selbstständiger den Klagegrund aufhebender Rechtsgrund. Denn die Hypothekenklage ist begründet durch die Form der Eintragung, die Hypothekenforderung ist in so fern eine formelle. Wegen des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs wird der Einwand nicht gezahlter Valuta, gegen den dritten Inhaber, nur in derselben Form gegründet, auf welche der Kläger sich beruft, d. i. die Eintragung, jedoch nur unter der Bedingung, daß die Eintragung des Einwandes innerhalb 38 Tagen, nach erfolgter Eintragung des Darlehns, geschehen ist[9]). Mehr als diese Form ist zur Begründung der Exception nicht erforderlich; unerheblich ist es: ob der Kläger sie gekannt habe oder nicht, er kann thatsächlich in gutem Glauben sein, und es kommt auf die wirkliche Wissenschaft, die Unredlichkeit des Dritten, nichts an. Kommt diese vor, ist namentlich dem Dritten, **vor** der Erwerbung, die

---

Valuta", ist nicht angemessen, er veranlaßt Mißverständniß. M. s. Centralbl. 1837, Sp. 19 ff. Ohne Aushändigung beweist der Schuldschein gar nichts. Pr. 2171, v. 2. Novbr. 1849 (XVIII, 197).

7) §§. 735, 736, u. §§. 407 ff. a. a. O.

8) §§. 866, 867 ebend.; und I, 20, §§. 12, 415. Ang. vom III. S. des Ober-Trib. den 12. Decbr. 1848, in Sachen Gerver w. Gast $^{497}/_{4980}$ III, 48.

9) §. 738 u. 739 d. T. Daß in dieser Frist die Eintragung bei den Grundakten (bei dem Gerichte) bloß nachgesucht ist, kommt nicht in Betracht. Pr. 2009b, vom 2. Mai 1848. Paßt nicht für den Verkehr, denn die Eintragung ist nicht in der Gewalt der Partei, sondern in der Hand der Richter und deren Expedienten. Zur Eintragung anderer Protestationen sind nur 4 Wochen gegeben. S. o. §. 380, S. 668. Die Mißstimmung zwischen dem §. 738 d. T. u. §. 426, I, 20 ist aus Unachtsamkeit der Verfasser entstanden. S. **Suarez** Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 22. Man bezieht nun die 38tägige Frist bloß auf die s. g. exceptio n. n. pec.

wahre Bewandtniß des Sachverhältnisses ausdrücklich kundgegeben worden; so ist der Fall ein anderer: es ist der Fall der exceptio doli, und für diesen Fall ist die Bestimmung des §. 739 d. T. (daß der Schuldner sich des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta gegen den Dritten gar nicht bedienen könne, wenn der Einwand nicht eingetragen ist) nicht gegeben[10]. Die Wirkung des rechtzeitig eingetragenen Einwandes nicht erhaltener Valuta ist Entkräftung der Schuldverschreibung als Beweismittels: der Gläubiger und dessen Rechtsnachfolger muß nun das Geben des Darlehns anderweit beweisen[11]. Die exceptio doli ändert die Beweiskraft des Schuldscheins nicht; selbst dann, wenn von dem Gläubiger geständlich ein bestimmter Theil der Valuta nicht baar, vielmehr durch eine Anweisung, Cession einer Forderung des Darlehnsgebers an einen andern Schuldner, oder durch Abrechnung einer Schuld des Darlehnsnehmers[12] berichtigt worden ist, verliert der Schuldschein die Beweiskraft nicht gänzlich, sondern nur in Beziehung auf diesen geständlich nicht baar gegebenen Theil der Valuta[13]. III. In Beziehung auf die Erben des Ausstellers verliert der Schuldschein binnen 10 Jahren[14], vom Todestage des Erblassers oder, wenn der Zahltag später eintritt, von diesem Tage an gerechnet, seine Beweiskraft, wenn auch das Instrument be-

---

10) Pr. d. Ober-Trib. v. 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 270).

11) §. 738 d. T. Dieser Beweis kann auch durch ein, von dem Schuldner später ausgestelltes besonderes Empfangsbekenntniß geführt werden. Pr. 1992, v. 25. Februar 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 146). Auch durch schriftliche Anerkenntnisse aus der Zeit vor Ausstellung des förmlichen Hypotheken-Instruments kann die wirklich erfolgte Zahlung der Darlehnssumme bewiesen werden. Pr. 2009a, v. 2. Mai 1848.

12) Der Darlehnsgeber macht, da dies nicht gilt, nun den Umweg, daß er dem Darlehnsnehmer die ganze Summe vorzählt und dann die ältere Schuld zurückgezahlt empfängt. Wenn das die röm. Juristen (die hierin praktischer sind) verlangt hätten; so würden ihnen die Verf. des A. L. R. das als eine leere Subtilität oder Pedanterie vorgeworfen haben.

13) Pr. 2006, v. 14. April 1848.

14) Auf andere Schuldbekenntnisse als lediglich auf Schuldscheine über Darlehne findet diese Verjährung der Beweiskraft keine Anwendung. Pr. 1879, v. 27. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 172). Die 10jähr. Verjährung der Beweiskraft findet auch dann Anwendung, wenn der Schuldschein von zwei oder mehreren Mitverpflichteten gemeinschaftlich ausgestellt, und die Beweiskraft der Urkunde nur zum Vortheil der in Anspruch genommenen Erben des einen Ausstellers durch die 10jähr. Präskription erloschen ist, nicht aber in Bezug auf die außer Anspruch gelassenen Erben des mitverpflichteten Ausstellers. Der §. 576 I, 9, welcher von der Verjährung des Rechts handelt, findet keine Anwendung auf die hier in Rede stehende Beweiskraft des Schuldscheins. Pr. 924, vom 3. Oktbr. 1840.

glaubigt oder gerichtlich aufgenommen[15]), und selbst wenn es von Seiten der Erben innerhalb der Verjährungsfrist anerkannt worden ist[16]). Der Gläubiger muß mithin den Darlehnskontrakt auf andere Art beweisen, er soll aber außerdem noch beweisen[17]): „daß die Schuld während der Lebenszeit des Erblassers nicht getilgt worden sei"[18]). In dem Falle, wo ein nachgebliebener Ehegatte des Ausstellers mit den Erben konkurrirt und Gütergemeinschaft stattfindet, hat die Bestimmung keine Folge[19]). IV. Außerdem, daß der Schuldschein ein Beweismittel für den Realkontrakt ist, dient er zugleich zur vorgeschriebenen Form für die Nebenverträge, wodurch die Naturalien des Darlehns abgeändert werden und die Verzinslichkeit desselben begründet wird[20]). Er soll enthalten[21]): 1. Das Bekenntniß der empfangenen Valuta; 2. die Bestimmung, worin sie bestanden; 3. die Angabe der Münzsorte, worin sie gezahlt worden; 4. das Versprechen der Wiederbezahlung[22]); 5. die Zeit derselben; 6. die namentliche Bezeichnung des Gläubigers[23]); 7. Ort und Datum der Kontraktsschließung;

---

15) Pr. 349, v. 14. Oktober 1837.

16) Wohl aber kann in einem solchen Anerkenntnisse nach Umständen ein selbstständiger Beweis für die Richtigkeit und die Existenz der Schuld gefunden werden. Pr. 2004, v. 24. Januar u. 3. März 1848.

17) S. die vorige Note. Der hier verlangte Beweis soll auch in dieser Allgemeinheit durch Eidesdelation geführt werden können. Ein Konflikt dieser Meinung mit dem Pr. 1521 (Entsch. X, 107) ist nicht gefunden worden. Pr. 1835, v. 14. Dezember 1846. Vergl. o. §. 151, Note 2c.

18) §§. 753—755 d. T. — Dieser Beweis der Negative ist etwas ganz Abnormes; die Zumuthung desselben hat bei dem Darlehn keinen bessern Grund als bei jeder andern Schuld, man hätte den Satz mithin ebensogut ganz allgemein machen können. S. den angegebenen Grund bei Suarez amtl. Vortr., Jahrb. Bd. XLI, S. 22. — Den Folgen dieser abnormen Bestimmung kann der Gläubiger dadurch entgehen, daß er den Schuldschein verheimlicht. Oder soll der Beweis der Ausstellung eines Schuldscheins, d. h. der Einwand des Daseins eines Schuldscheins erheblich sein? Dadurch wäre ein merkwürdiger Unterschied zwischen verbrieften und unverbrieften Schulden gegeben.

19) Recht der Ford. §. 255, wo noch andere Bedenken angedeutet sind.

20) I, 11, §. 729. Doch nur zum Vortheil des Gläubigers, wenn dieser den Schuldschein nicht schriftlich genehmigt hat. S. Note 2.

21) §. 730 a. a. O.

22) Ohne die Angabe der Absicht, in welcher gegeben und empfangen worden (causa debendi), dient der Schuldschein nicht zum Beweise des Darlehns. Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 75. Man ist über den Werth eines solchen Schuldscheins ohne Angabe der causa debendi (cautio indiscreta) nicht einig. S. Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, Bd. IV, S. 304 flg. Ueber die ältern Ansichten; Schilter Praxis jur. Rom. Exerc. XXII, §. 62.

23) Ausstellung auf den Inhaber ist ohne besondere Königl. Genehmigung nicht erlaubt. K. O. v. 17. Juni 1833 (G. S. S. 75).

8. die Unterschrift des Schuldners. Was hiervon in der Schrift nicht enthalten ist, kann in den Punkten, wo der Schuldschein bloß als Beweismittel dient, auf andere Art nachgewiesen werden, wo er aber als Form der von den Naturalien abweichenden Verabredungen dient, findet keine Ergänzung durch andere Beweise statt, vielmehr geht es in diesen Stücken nach den gesetzlichen Bestimmungen[24]).

IV. Die Wechselverbindlichkeit.

Allg. Deutsche Wechselordn. v. 24. Novbr. 1848 (G. S. 1849, S. 51). — Gesetz, betreffend die Einführung der Allg. Wechselordn. für Deutschland v. 15. Febr. 1850. — M. Wechselrecht, nach den Grundsätzen der Allg. Deutsch. Wechselordn. und nach seiner Anwendung in den preuß. Ländern. Breslau 1850. — Archiv für deutsches Wechselrecht, herausg. von Ed. Siebenhaar und Th. Tauchnitz, bis jetzt 2 B., I. Bd. in 4 Heften, Leipz. 1850—1851; 2. Bd. 1. H. ebd. 1851. — Vor Einführung der A. D. Wechselordn. galt die im A. L. R. II, 8, §§. 713—1249 enthaltene Wechselordnung. Darüber: Daniels, Grundsätze des Wechselrechts, mit besonderer Rücksicht auf das Allg. Preuß. Landrecht und das franz. Handelsgesetzbuch. Cöln 1827. — Crelinger und Gräff, das Wechselrecht und die Lehre von den Handels-Billets und kaufmännischen Anweisungen nach dem Preuß. Rechte, mit Berücksichtigung des Prozeß- und Konkurs-Verfahrens. Breslau 1833. — C. Gosler, Anleileitung zum Wechselrecht für Kaufleute und Kapitalisten, Berlin 1814. — Ueber altes Recht: Erneuerte Wechselordn. v. 30. Januar 1751 (N. C. C. Tom. 1, S. 19 ff. und Siegel, Corp. jur. camb., Cont. I, p. 2 ff) und die unten §. 616 genannten ältern Verordnungen. — W. G. Vangerow, Entwurf des Wechselrechts, nach den Grundsätzen der preußischen Staaten Halle 1773. Zusätze (von Schall), Halle 1775. Vangerow, Ergänzungen und Anmerkungen, ebend. 1776. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur nehmen auf Preuß. Recht Rücksicht: Meno Pöhls, Darstellung des gemeinen Deutschen und Hamburgischen Wechselrechts. 2. Bde. Hamburg 1829. — Joh. Heinr. Bender, Grundsätze des deutschen Wechselrechts, mit steter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Wissenschaft des Auslandes. 2. Th. Darmstadt 1828. — Treitschke, Alphabetische Encyklopädie der Wechselrechte. 2 Bde. Leipzig 1831. — Scherer, Handbuch des Wechselrechts, worin theils die Art und Weise, wie die Wechselgeschäfte zu behandeln, gezeigt, theils Abweichungen der Wechselgesetze unter sich dargestellt werden. 3 Thl. Frankfurt 1800. — Die gesammte Literatur bis auf die neuere Zeit ist ausführlich angegeben bei Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 5. Ausg. §. 320, Note 9.

---

24) §. 731 a. a. O.; I, 5, §. 127. S. o. §. 551.

Einleitung.

§. 616.

1. Geschichtliches.

Das mit dem Handelsrechte äußerlich in Verbindung stehende Wechselrecht theilt mit ihm Quelle und Entwickelungsgang (§. 403, II). Ehe die vaterländische Gesetzgebung in Aufzeichnung der den Wechselverkehr angehenden Regeln thätig wurde, mußten die Richter die Entscheidungsnormen in Wechselsachen unmittelbar aus der Quelle schöpfen und zu diesem Behufe von der Sitte und den Handelsgebräuchen unmittelbare Kenntniß, allenfalls durch Nachfrage (Einholung von Gutachten) bei Sachverständigen, nehmen wenn nicht fremde Partikulargesetze, welche nicht als Gesetze sondern als glaubwürdige Zeugnisse zu Rathe gezogen wurden [1]), genügende oder übereinstimmende Auskunft gaben. Das erste einheimische Gesetz in Wechselsachen ist das „Wechselrecht" für das Herzogthum Preußen, vom 12. Septbr. 1684. Diesem folgte das „Wechselrecht in der Chur und Mark Brandenburg", v. 19. Dezbr. 1701 (1), mit welcher übereinstimmend das 1703 erschienene Wechselrecht für das Herzogthum Magdeburg ist [2]). Für die Chur und Mark Brandenburg wurde im Jahre 1709 ein revidirtes Wechselrecht gegeben [3]). Die Magdeburger und die im Jahr 1708 erlassene Halberstädter Wechselordnung blieben daneben bestehen. Erst 1724 erschien eine allgemeine Wechselordnung für sämmtliche deutsche Länder der Krone Preußen [4]), und gleichzeitig wurde für das nicht zu Deutschland gehörige Preußen ein „revidirtes Wechselrecht" vorgeschrieben [5]). In Schlesien richtete man sich nach der Breslauer Wechselordnung von 1672, revidirt in den Jahren

---

1) Churm. Wechs. Ord. v. 19. Dezember 1701, im Eingange. (C. C. M. T. II, Abth. 2, S. 23).

2) Corp. const. Magdeb. T. II, S. 221.

3) Königl. Pr. revidirtes Wechselrecht, welches Se. Königl. Majestät in der Chur und Mark Brandenburg observirt und worüber sie mit allem Ernst gehalten wissen wollen, v. 18. März 1709. (C. C. M. Tom. II, Abth. 2, S. 475).

4) Verbessertes und allgemeines Wechselrecht, wonach in der Chur- und allen übrigen im Reich belegenen Landen gegangen werden soll. V. 25. Septbr. 1724 (C. C. M. Tom. II, Abth. 2, S. 213, u. Siegel l. c. Tom. I, p. 119).

5) Neu revidirtes Wechselrecht des Königreichs Preußen. Vom 29. Januar 1724 (Siegel l. c. p. 111).

1712, 1716 und 1722[6]), bis zur Emanirung der allgemeinen Wechselordnung für das Herzogthum im Jahre 1738[7]). Erst Friedrich II. erließ 1751 eine allgemeine Wechselordnung für seine sämmtlichen Staaten[8]). Für die Stadt Elbing bestand eine eigene Wechselordnung vom 27. Januar 1758[9]). Nachdem aber diese Stadt mit Westpreußen an Preußen gekommen war, wurde dort die Wechselordnung von 1751 gleichfalls eingeführt[10]). Auch Danzig brachte seine Wechselordnung, vom 8. März 1701[11]), mit, welche bei der Einrichtung des Justizwesens daselbst, im Jahre 1793, nicht unterdrückt wurde[12]) und noch neben dem A. L. R. galt[13]). An die Stelle der allgemeinen Wechselordnung von 1751 trat später das A. L. R. Das Jahr 1848 hat eine allgemeine Wechselordnung für Deutschland hervorgebracht, welche mit dem 15. Februar 1849 in sämmtliche preuß. Länder, unter Aufhebung der bis dahin noch bestandenen Danziger Wechselordnung, eingeführt worden ist[14]).

§. 617.

2. Kollision der Wechselgesetze.

Wenn die bei dem Wechselgeschäfte vorkommenden einzelnen Handlungen unter Personen aus verschiedenen Ländern, oder an

---

6) Der Stadt Breslau Kayser- und Königl. konfirmirte neue Wechselordn. v. 30. April 1712; v. 30. Januar 1716. (Siegel l. c. p. 278, u. Erste Fortſ. S. 61 flg.)

7) Verneuerte General-Wechsel-Ordnung Ihro Röm. Kays. ꝛc. und Königl. Majestät in dem Erb-Herzogthum Schlesien. V. 21. Aug. 1738 (Siegel a. a. O. S. 295; C. C. M. Cont. I, S. 375).

8) Erneuerte Wechsel-Ordnung, wonach in dem Königreich Preußen, den Chur- und allen übrigen im Reiche belegenen Landen, wie auch in dem Souverainen Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz gegangen und verfahren werden soll. Vom 30. Januar 1751 (N. C. C. Tom. I, S. 19; Siegel l. c. Cont, I, S. 2 ff.)

9) Uhl, Dritte Fortſ. von Siegel, v. 1771, S. 69 ff.

10) Regl. für den Magistrat und die Gerichte der Königl. Preuß. Stadt Elbing, Berlin den 10. Septbr. 1773, T. IV, Sect. 2, lit. B, §. 35. (N. C. C. de 1773, S. 850.) Die Nachricht, welche in der Vorbemerkung der Ergänzungen zu II, 8 Abschn. 8 gegeben wird, daß nämlich die Elbinger Wechselordnung von 1758 erst durch das A. L. R. aufgehoben worden sei, ist unrichtig.

11) Siegel, a. a. O. Th. I, S. 368 flg.

12) Patent v. 2. Januar 1793, §. IX (N. C. C. Tom. IX, p. 1616).

13) Publikandum des O. L. G. zu Marienwerder, v. 19. April 1814 (Jahb. Bd. II, S. 109); Publ. Pat. zum Westpreuß. Provinz. R., v. 19. April 1844 (G. S. S. 103).

14) Einführungsordnung v. 6. Januar 1849 (G. S. S. 49).

verschiedenen Orten unter andern Rechtsgebieten erfolgen, so gelten diese Regeln: 1. Die persönliche Handlungs- und Rechtsfähigkeit überhaupt, sowie die Fähigkeit, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, wird regelrecht nach dem persönlichen Rechte der Parteien beurtheilt, mit der überhaupt stattfindenden Ausnahme, daß, wenn ein Fremder nach seinem Rechte nicht wechselfähig ist, aber doch Wechselverbindlichkeiten im Inlande übernommen hat, das hiesige Recht zur Anwendung kommt, wenn danach das Geschäft bestehen kann[1]). 2. In Ansehung der wesentlichen Erfordernisse eines im Auslande ausgestellten Wechsels, sowie jeder andern im Auslande gegebenen Wechselerklärung, also auch in Ansehung der Förmlichkeiten und der dabei zu beobachtenden Zeit, sind die Gesetze des Orts der Handlung bestimmend. (Locus regit actum)[2]). Die Regel kommt auch in dem Falle, wenn eine im Auslande geschehene Wechselerklärung zwar nach dortigen Gesetzen mangelhaft ist, aber den Anforderungen der inländischen Gesetze entspricht, in Ansehung der später im Inlande auf solchen Wechsel gesetzten Erklärungen zur Anwendung[3]). Eine Ausnahme von der Regel soll gelten, wenn Wechselerklärungen, wodurch sich ein Inländer einem andern Inländer im Auslande verpflichtet, den inländischen Vorschriften entsprechen: diese Erklärungen sollen lediglich nach dem inländischen Rechte beurtheilt werden[4]). 3. Auf die Form und Zeit der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen, z. B. der Abforderung eines Wechsel-Duplikats, der Präsentation, der Protesterhebung u. s. w., findet dieselbe Regel (locus regit actum) Anwendung; nicht aber kommen wesentliche Rechtsgrundsätze aus dem Ortsrechte, z. B. über die Verpflichtung des Wechselinhabers, Interventionen zuzulassen, unbedingt zur Anwendung, vielmehr entscheidet darüber: welches Recht in dieser Beziehung maßgebend sein soll, die bei Eingehung des Rechtsverhältnisses vorhanden gewesene, aus den

---

1) A. W. O. Art. 84. Einleit. z. A. L. R. §§. 34, 35, 23. — S. o. §. 40, Nr. I.

2) A. W. O Art. 85. Vergl. oben §. 40 Nr. III.

3) Der Wechsel ist dann durch die im Inlande darauf gesetzte Erklärung gleichsam wiederholt worden; entspricht er den inländischen Vorschriften in seiner ausländischen Fassung, so ist er ein formgemäßes Wechselpapier. A. W. O. Art. 85, Abs. 1.

4) A. W. O. Art. 85, Abs. 2. Eine ähnliche, aber auf einen entgegengesetzten Zweck berechnete Vorschrift war der §. 938, II, 8, A. L. R.

Umständen zu vermuthende Absicht der Parteien [5]). 4. Die mit der Wechselverbindlichkeit verknüpften rechtlichen Folgen, welche die Sicherung des Erfolges bezwecken, werden nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit erzwungen werden soll, bestimmt, weil der Richter keine andern Mittel anwenden darf, als welche ihm die Landesgesetze vorschreiben. Dieses gilt namentlich: a) von dem Prozeßverfahren [6]); b) in der Regel von der Verjährung des Wechsels [7]); c) von der Wechselexekution [8]); d) von dem Vorrechte des Wechselgläubigers bei der Konkurrenz mit Dritten [9]).

A. Begründung der Wechselverbindlichkeit.

§. 618.

1. Begriff, Natur und Arten.

I. **Wechsel** heißt im weitern Sinne der **formelle** streng einseitige Vertrag und auch die Urkunde, wodurch Jemand verpflichtet wird, eine Summe Geldes an den Andern, bei Vermeidung der Wechselstrenge, zu zahlen oder zahlen zu lassen. Eigentlich versteht man unter Wechsel die sich so nennende Urkunde, wodurch der Schuldner die Zahlung durch einen Dritten leisten zu lassen verspricht; man nennt diesen Wechsel daher auch **eigentlichen** Wechsel oder **Tratte**, oder **trassirten**, **gezogenen** Wechsel, zum Unterschiede von dem **eigenen** oder **trokkenen** Wechsel (§. 635), wodurch der Schuldner die Zahlung selbst zu leisten verspricht [1]). 1. Zu dem **eigentlichen** Wechsel

---

5) A. W. O. Art. 86. S. o. §. 40, Nr. III, Vergl. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 470.

6) Mittermaier, Aufsatz im Archiv für civil. Praxis, Bd. XIII, S. 300. Die Prozeßgesetze sind juris publici. Deshalb ist die Prozeßform der Privatwillkühr nicht unterworfen. Entsch. Bd. VIII, S. 207.

7) Anh. z. A. G. O. §. 365. Nur ist hier die Privatwillkühr nicht absolut ausgeschlossen. S. o. §. 40, Nr. III. — Mittermaier a. a. O. S. 307. — Treitschke, Encyklopädie, Bd, II, S. 572; Pöhls, Wechselrecht, S. 34. Man streitet darüber. Gründler, Polemik, II, S. 298. Der Richter darf keine Klage mehr annehmen, die nach seiner Zeitvorschrift zu spät kommt. Darnach müßte die neue Verjährung auch auf die vor dem 15. Februar 1849 gezogenen, noch nicht verjährten Wechsel Anwendung finden, wie es auch das Publ. Pat. v. 1794 §. XVII vorschreibt; das Otr. ist jedoch anderer M. nach dem Pr. 2210, v. 15. Febr. 1850 (XIX, 260).

8) Der Richter hat keine andern Zwangsmittel als ihm seine Exekutionseinrichtungen geben.

9) A. G. O. I, 50, §. 471; Anh, zur A. G. O. §. 365.

1) A. W. O. Art. 4 u. 96. — Treitschke, Encyklop. u. Scherer Handbuch, unter dem Wort Tratte.

gehören wesentlich drei Personen: a) der Aussteller oder Trassant, der die Verbindlichkeit übernimmt oder den Wechsel zieht (ausstellt); b) der Bezogene oder Trassat, d. i. der Dritte, welcher zahlen soll, der Aussteller kann sich aber selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte, als dem der Ausstellung, geschehen soll (trassirteigene Wechsel)[2]); c) der Remittent, d. i. der Gläubiger, an den oder dessen Vertreter oder Rechtsnachfolger gezahlt werden soll[3]); der Aussteller kann sich selbst als Remittenten bezeichnen, d. h. Wechsel an eigene Ordre sind unbedingt sogleich und ohne daß es dazu noch erst eines Indossaments bedürfte, gültig[4]). Damit fällt der Einwand des Acceptanten, daß der Indossatar ein Bevollmächtigter des Ausstellers sei[5]), hinweg. — Aeußerlich erscheint hiernach der Wechsel zwar als eine Assignation, er unterscheidet sich von ihr aber durch seine Wesenheit (Innerlichkeit), welche in der Verbindlichmachung des Ausstellers, in der Einseitigkeit und in dem Grunde (causa) der Verbindlichkeit besteht, vermöge welcher er als ein eigenthümliches, körperliches Tauschmittel oder Werthzeichen in den Verkehr tritt, dergestalt, daß, wenn er als solches seine Geltung verloren hat, er nicht, wie es nach dem früheren Rechte sollte geschehen können[6]), noch als Assignation gebraucht werden kann[7]). 2. Es ist kein Erforderniß des eigentlichen oder gezogenen Wechsels, daß an einem andern Orte als dem der Ausstellung

---

2) A. W. O. Art. 4, Nr. 5 u. 7, und Art. 6. Ob der Trassat über, oder im, oder unter dem Context des Wechselbriefes genannt wird, ist gleichgültig.

3) A. W. O. Art. 4, Nr. 3. Der Remittent muß eine bestimmte Person sein. Wechsel auf den Inhaber gelten nicht.

4) A. W. O. Art. 6. Nach früherem Rechte hatte man nach langem Streite angenommen, daß Wechsel an eigene Ordre erst durch ein vor dem Verfalltage erfolgtes Indossament Kraft erhielten. Gutachten der Gesetzkommission und Hofreskr. vom 30. Juni 1800. (Neues Arch. Bd. I, S. 185 ff.; Rabe, Bd. VI, S. 160). Vergl. auch Entsch. d. Ober-Trib. Bd. IX, S. 80 u. 347 u. Bd. X, S. 402 ff.

5) Pr. des Obertrib. 1838, v. 5. Februar 1847 (Entsch. Bd. XIII, S. 531) u. Pl. Beschl. vom 1. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 142).

6) §. 943 a. a. O. Entsch. des Ober-Trib. Bd. IX, S. 331. Damit ist der frühere Streit: ob ein von einem Nichtwechselfähigen acceptirter, an die Ordre des Ausstellers gezogener Wechsel als Anweisung gelte, wenn zur Zeit des Accepts noch kein Indossament des Wechsels vorhanden, für erledigt zu erachten; denn Assignation und Wechsel verhalten sich nicht wie Minus und Plus der nämlichen Art zu einander; beide Rechtsinstitute sind ungleichartig.

7) A. W. O. Art. 83. M. Auffatz zum Art. 83, in Siebenhaar Archiv, Bd. II, S. 32 ff. Das dem alten Wechselrechte zum Grunde liegende obligatorische Prinzip ist durch das in dem Neuen herrschende dingliche verdrängt: der Wechsel ist jetzt eine körperliche Sache von ideellem Werthe.

gezahlt werde, die trassirteigene Wechsel ausgenommen [8]). 3. Der Wechsel muß auf eine Geldsumme in koursirenden Münzen lauten; Verschreibungen über Geldpapiere oder Scheidemünze, oder auf Mengen anderer fungibler Sachen oder Dienstleistungen, oder über alternative Verbindlichkeiten gelten nicht als Wechsel [9]). 4. Die Wechselstrenge besteht in einem schleunigen Prozeßverfahren und in sofortiger Verhaftung [10]). II. Die Wechselverbindlichkeit hat keinen andern Rechtsgrund als die Form: hat Diese alle Erfordernisse, so wird nach keiner andern causa debendi gefragt; der Wechselschuldner muß wechselmäßig leisten, weil er sich in Wechselform verbindlich gemacht hat. III. Man unterscheidet: 1. nach der Zahlungszeit: Sicht-, Dato-, Uso-, lang-, kurzsichtige Wechsel; 2. nach dem Ausstellungs- und Zahlungsorte Meß- und Außermeß-Wechsel, wenn der Wechsel entweder während einer Messe von dem Meßplatze aus gezogen worden ist oder in einer gewissen Messe bezahlt werden soll; auch nennt man nach dem Zahlungsorte domiziliirte Wechsel oder Domizilwechsel solche, welche an einem andern Orte, als wo der Trassat wohnt, zu zahlen sind [11]); 3. nach der Zahl der Exemplare eines Wechsels Sola-, Prima-, Sekunda- u. s. w. Wechsel. In jedem von mehreren Exemplaren muß ausgedrückt sein, das wievielte es ist, sonst haftet der Aussteller für jedes Exemplar dem redlichen Inhaber gleichwie aus einem Solawechsel [12]). 4. Nach dem Urheber der Urkunde Original- und Copiawechsel [13]). — Den s. g. Interimswechsel [14]) kennt das Preuß. R. nicht. Contirte Wechsel sind

8) Nach manchen Wechselrechten gelten diese Wechsel (Platztratten) nicht als Wechsel, z. B. Code commerce Art. 110. Die A. W. O. kennt dieses Erforderniß nicht (Art. 7) außer bei trassirteigenen Wechseln. Art. 6, Abs. 2.

9) A. W. O. Art. 4, Nr. 2. Einige Rechte kennen Waarenwechsel, die jedoch dem Zwecke des Wechsels als Tauschmittel nicht entsprechen.

10) A. G. O. Th. I, Tit. 27; V. v. 21. Juli 1846, §. 13. — A. W. O. Art. 2.

11) A. W. O. Art. 24. Pr. 1477a vom 13. Sept. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 208).

12) A. W. O. Art. 66. Der Zweck der Vervielfachung ist entweder Beförderung des Verkehrs, indem die Prima zur Präsentation Behufs Acceptation versendet und die Secunda dem Remittenten zum Gebrauche im Verkehr gegeben wird; oder Sicherung des Remittenten für den Fall des Verlustes eines Exemplars.

13) A. W. O. Art. 70. K. O. v. 16. Mai 1816 (G. S. S. 153). — (Cleynmann), — über Wechselduplikate, Wechselabschriften und verwandte Gegenstände, Frankfurt, 1807.

14) Treitschke, Encyklopädie, Th. I, S. 509. Es sind schriftliche Anerkenntnisse über ein abgeschlossenes Wechselgeschäft, woraus nur ein Civilanspruch erwächst.

Wechsel auf eigene Ordre, welche gewöhnlich einem Gläubiger des Ausstellers indossirt werden; sie haben nichts Besonderes und bezwecken gewöhnlich nur die Ausgleichung der Rechnungen (Conti) zwischen den Wechselverbundenen. Rektawechsel nennt man Vollmachten unter Wechselform, durch welche Jemand einen Andern beauftragt, Zahlung für ihn zu erheben, weshalb das Giro darin untersagt wird.

2. Eingehung.

§. 619.

a) Pactum de cambiando.

I. Für die Gültigkeit der Wechselverbindlichkeit ist der Anlaß oder der Entstehungsgrund gleichgültig, es braucht gar keine Verständigung oder Ausgleichung zwischen Trassanten und Remittenten vorausgegangen zu sein, der Trassant kann dem Remittenten den Wechsel schenken, oder in Zahlung geben, oder verkaufen, oder zur Sicherung einer Verbindlichkeit, oder aus welcher Absicht es immer sei, ausstellen: in allen Fällen hat der Wechsel immer dieselbe Kraft. Gewöhnlich aber ist es, daß der Aushändigung des Wechsels eine Verabredung über die Bedingungen des Geschäfts vorausgeht, welche man das pactum de cambiando nennt. Dieser Vertrag ist in jeder Hinsicht, sowohl was Form als Erfordernisse betrifft, nach den Grundsätzen derjenigen Vertragsart, zu welcher er nach seinen wesentlichen Bestandtheilen gehört, also beziehlich nach den Regeln der Schenkung, der Hingabe an Zahlungsstatt, des Kaufs, des unbenannten Kontrakts u. s. w., zu beurtheilen, er kann mithin auch bei Summen nicht über 50 Thlr., wenn er lästig ist, mündlich geschlossen werden [1]). II. Der Trassant ist schuldig, z. B. bei Käufen, gegen Empfang der Valuta, wenn er aber solche schon erhalten hat, nach Maßgabe der Verabredung oder, wenn keine Zeit verabredet ist, sofort auf Erfordern, dem Remittenten den Wechselbrief auszuhändigen [2]). 2. In allen Fällen muß er so viele Exemplare davon auf Verlangen ausfertigen, als nach dem beabsichtigten Gebrauche des

1) S. o. §. 550, und wegen der Kaufleute: §. 415, Nr. III; wegen der Mäkler und deren Journal: §. 413, Nr. II, 5.

2) I, 11; §§. 92—94. Bei andern Rechtsgeschäften kommen ebenfalls die allgemeinen Grundsätze über dieselben zur Anwendung.

Wechsels erforderlich sind. Dieselben müssen im Kontert als Prima, Sekunda, Tertia u. s. w. bezeichnet sein, sonst gilt jedes Exemplar als ein Solawechsel [3]). Die Nachforderung ist nicht ausgeschlossen. Er muß 3. den Avisbrief (Bericht) an den Bezogenen und die etwaigen Nothadressen rechtzeitig absenden; solchen dem Remittenten, auf dessen Verlangen, zur Bestellung einzuhändigen ist er zwar befugt, aber nicht verpflichtet; denn er haftet dem dritten Inhaber für die Folgen der ungehörigen Bestellung und kann sich dieserhalb nur an den Remittenten halten [4]). Unterläßt er das Aviso, so haftet er dem Remittenten und den Indossataren für Schaden und Interesse. 4. Der Trassant darf die Acceptation des einmal ausgehändigten Wechsels, wegen nicht gezahlter Valuta, dem Trassaten nicht untersagen [5]). III. Das Paktum, in verbindlicher Form, begründet für den Remittenten eine Civil-Klage auf Aushändigung des Wechsels und Benachrichtigung des Bezogenen, und für den Trassanten auf Berichtigung der Valuta, wegen welcher jetzt kein Vorrecht mehr gilt [6]). IV. Das Paktum kann durch Stellvertreter mit und ohne Auftrag geschlossen werden. 1. Auf Seite des Remittenten geschieht dies dadurch, daß der Paziszent den Wechsel auf den Dritten ausstellen läßt (Tratte an die Ordre eines Dritten) [7]) und für die Valuta sich selbst verpflichtet, wenn er keine Vollmacht hat oder der Trassant sich mit ihm als Bevollmächtigtem nicht einlassen will. 2. Handelt der Aussteller als Beauftragter eines Dritten, so muß er, wenn er nicht ein bekannter allgemein Beauftragter (Faktor) ist [8]), den Wechsel im eigenen Namen ausstellen (Wechsel auf Rechnung eines Dritten) und dem Remittenten so wie den Indossataren gegenüber persönlich haften, wenngleich Diese das

---

3) A. W. O. Art. 66. Die mehrfache Ausfertigung trassirter Wechsel ist Handelsgebrauch. Auch ein Indossatar kann ein Duplikat verlangen. Art. 66, Abs. 3.

4) Avisbrief ist die im Wechsel gewöhnlich in Bezug genommene („laut Bericht") Benachrichtigung von der Ziehung und über die deshalb zu gebende Deckung, mit der Bitte um Honorirung des Wechsels. Die Absendung desselben bringt die Sorge für Honorirung der Tratte mit sich.

5) War sonst streitig. Die Unzulässigkeit folgt aus den Grundsätzen der A. W. O. M. Wechselrecht S. 168.

6) Sonst stand innerhalb des ersten Jahres die 6. Klasse zu, nach II, 8, §§. 956—960. Da diese jedoch aufgehoben sind, und in der Konkursordnung dieses Vorrechts nicht gedacht wird, so fällt dasselbe weg.

7) Treitschke, Encyklopädie, Bd. II, S. 501.

8) II, 8, §§. 500—514. — M. Wechselrecht, Art. 41, Nr. I.

Verhältniß und den Auftraggeber kennen[9]); denn gegen Diesen fehlt ihnen das Wechselrecht, welches zwischen den Handelnden zu begründen eben beabsichtigt worden ist. Dem Trassaten gegenüber aber bestimmt sich das Verhältniß des Ziehers nach dem Avisbriefe. Ist darin der Dritte als Auftraggeber bezeichnet und nimmt darauf der Trassat den Wechsel an: so kann er sich wegen der Deckung nur an den Dritten halten; ist diese Benachrichtigung unterblieben, oder hat der Trassant das Aviso ganz unterlassen, oder hat der Trassat nur zu Ehren des Trassanten acceptirt: so muß der Trassant ihm gleichfalls persönlich haften[10]). Im Falle der Nichtannahme hat der Wechselinhaber außer dem Wechselregreß an den Trassanten noch den Civilregreß gegen den Auftraggeber, nach allgemeinen Grundsätzen, in dem Falle, wo der Auftrag just auf das spezielle Wechselgeschäft mit dem bestimmten Remittenten ging, sonst aber nicht[11]).

§. 620.

b) Ausstellung des Wechsels.

Durch die Vollziehung und Aushändigung des Wechsels wird die Wechselverbindlichkeit selbst geschlossen. Zur Gültigkeit ist die Fähigkeit des Ausstellers und die Beobachtung der vorgeschriebenen Form erforderlich. I. Fähig ist Jeder, welcher sich durch Verträge verbindlich machen kann, mithin auch Frauenspersonen, juristische (moralische) Personen, und Personen des Soldatenstandes in so weit als ihnen überhaupt die Fähigkeit, Verträge zu schließen, zusteht[1]). Aus der Wechselerklärung eines Unfähigen entsteht, auch einem dritten Inhaber derselben gegenüber, keine wechselmäßige Verbindlichkeit[2]). Ob und welche civil-

---

9) A. W. O. Art. 95. — Vergl. K. O. vom 31. Oktbr. 1832 (G. S. S. 228).

10) Daniels, Wechselrecht, S. 150. S. dieselbe K. O.

11) Der Anlaß zur Wechselziehung für Rechnung eines Dritten kann sehr verschieden sein und der Dritte wird in den meisten Fällen weder die Absicht haben, mit dem Remittenten in ein Verhältniß zu treten, noch überhaupt wissen, wer Remittent geworden. S. Treitschke, Encykl. Bd. II, S. 507. — Heise und Cropp, Abhandl. II, S. 384.

1) A. W. O. Art. 1. — M. Wechselrecht, S. 88 ff. — Siebenhaar Arch. II, S. 97.

2) A. W. O. Art. 82. Die Einrede der Unfähigkeit ist eine solche, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen.

rechtliche Folgen davon eintreten, ist im Allgemeinen nicht zu bestimmen, es kommt auf die besondere Beschaffenheit des Falles an, welcher das ungültige Wechselgeschäft veranlaßt hat. Treffen Erklärungen von Unfähigen und Wechselfähigen auf einem Wechsel zusammen, so hat dies auf die Verbindlichkeit der Letzteren keinen Einfluß, die Unterschriften der Erstern gelten für nicht geschrieben[3]). II. Die Urkunde muß folgende, absolut wesentliche Bestandtheile enthalten: 1. Sie muß sich im Kontext, nicht bloß in der Ueberschrift oder Nachschrift, Wechsel oder Wechselbrief (oder mit der dieser Bezeichnung in der etwa gebrauchten fremden Sprache entsprechenden Benennung) nennen, der Ausdruck „nach Wechselrecht" genügt nicht und kann ganz fehlen[4]). 2. Bestimmte Angabe der Geldsumme, entweder in Buchstaben, oder in Ziffern, oder in Beiden zugleich. Ist die Summe, gleichviel an welchen Stellen, in Buchstaben und in Ziffern ausgedrückt, so gilt bei Abweichungen die in Buchstaben ausgedrückte Summe; ist die Summe zwei- oder mehrmals mit Ziffern oder mehrmals mit Buchstaben verschieden ausgedrückt, so gilt die geringere[5]); ist an einer von Beiden eine Korrektur sichtbar, so gilt die unkorrigirte Summe[6]). 3. Den Namen der Person oder Firma (des Remittenten), an welche oder an deren Ordre der Wechsel bezahlt werden soll; Wechsel auf den Inhaber gelten nicht[7]). 4. Den Namen des Trassaten im Kontext, oder darunter, oder darüber, wenn der Wechsel ein gezogener ist; dessen Vorname oder Charakter ist ein bloß nützliches Erforderniß[8]). 5. Den Ort der Zahlung, als welcher der bei dem Namen oder der

---

3) A. W. O. Art. 3. Entspricht dem Begriffe der Solidarität.

4) A. W. O. Art. 4, Nr. 1. Andere gleichbedeutende Ausdrücke bei dem Gebrauche der deutschen Sprache, z. B. Tratte, sind nicht rathsam. Sonst hielt man diese Förmlichkeit nach G. R. für kein wesentliches, sondern für ein bloß nützliches Erforderniß, es genügte, wenn aus der Urkunde erhellete, daß der Aussteller sich „nach Wechselrecht" oder wechselmäßig habe verpflichten wollen. S. Pöhls Wechselrecht, Bd. I, S. 107, wo jedoch mit Unrecht S. 114 das Nämliche auch vom Pr. L. R. angenommen wird, wie aus §. 1182 ganz klar wird. S. auch Treitschke, II, S. 666.

5) A. W. O. Art. 5. Soweit beide Summen sich decken, ist keine Ungewißheit, diese beginnt erst da, wo die Eine die Andere übersteigt. **L. 9 D. de reg. juris; L. 29, §. 1 D. de leg. III.**

6) Nach den allgemeinen Beweisregeln. Hat es mit der korrigirten Summe seine Richtigkeit, so ist die Civilklage unbenommen.

7) A. W. O. Art. 4, Nr. 3. Vergl. o. §. 618, I, 1, lit. c.

8) A. W. O. Art. 4, Nr. 7. Vergl. o. §. 618, I, 1, lit. b. Ist der Trassat wegen Ungenauigkeit der Bezeichnung nicht zu finden, so ist Protest zu erheben.

Firma des Bezogenen von dem Zieher angegebene Ort für den Wechsel gilt, in sofern nicht ein eigener Zahlungsort angegeben ist[9]), was auch **unter** dem Wechsel von dem Zieher geschehen kann[10]). 6. Die Zahlungszeit, geradezu oder beziehlich in sich bestimmt. Sie darf nicht anders festgesetzt werden als: a) auf einen bestimmten Tag (Tagwechsel); b) auf Sicht (Vorzeigung, a vista ꝛc.) oder auf eine bestimmte Zeit **nach** Sicht (Sichtwechsel); c) auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach Dato, Datowechsel); d) auf eine Messe oder einen Markt (Meß- oder Marktwechsel)[11]). 7. Ort und Zeit der Ausstellung, und zwar die Zeit nach Tag, Monat und Jahr, nicht etwa nach dem Kalendernamen des Tages oder durch Angabe eines mehrere Tage dauernden Ereignisses, z. E. einer Messe[12]). 9. Die Unterschrift des Ausstellers (Trassanten) mit seinem Namen oder seiner Firma[13]). Damit ist der Streit über die Vornamen und wie dieselben zu schreiben seien, ganz abgeschnitten. Auch der Streit über die Beschaffenheit der Firma und ob sie gehörig bekannt gemacht sein müsse, erledigt sich; es genügt die thatsächlich geführte Firma[14]). Die Unterschrift kann durch einen Stellvertreter, auf Grund einer Prokura, oder einer für einen einzelnen Fall auch außergerichtlich, wenn nur schriftlich gegebenen Vollmacht, vollzogen werden[15]).

---

9) A. W. O. Art. 4, Nr. 8. Mangel der ausdrücklichen Angabe des Orts macht den Wechsel nichtig. Ob ein unter dem Wechsel von dem Trassanten genannter Ort ein Domizil oder eine Nothadresse sei, ist Thatsachenfrage, welche durch Auslegung zu entscheiden. M. s. den Rechtsfall bei **Crelinger** S. 211.

10) Pr. 197a, vom 18. März 1837; Pr. 1477a, vom 13. Septbr. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 208). Nur der Aussteller kann ein Domicil vorschreiben.

11) A. W. O. Art. 4, Nr. 4. Der Mangel wird nicht durch die gesetzliche Kündigungsfrist ersetzt, sondern macht den Wechsel null. Das Uso ist abgeschafft. Ein ausdrücklich auf Kündigung gestellter Wechsel gilt nicht. Pr. 2259, vom 19. Dec. 1850 (XX, 540).

12) A. W. O. Art. 4, Nr. 6. Die Richtigkeit von Ort und Datum ist nicht wesentlich, zur Form genügt die Angabe an sich. Entsch. des Ober-Trib. Bd. II, S. 137. Darum schadet auch eine Rasur oder Korrektur daran nicht, so lange die Form kenntlich, d. h. die Schrift leserlich ist. Man ist aber darüber verschiedener Meinung. **Simon**, Rechtsspr. Bd. I, S. 401. — Eine andere Frage ist: ob wegen einer dabei vorgefallenen Unrichtigkeit aus einem civilrechtlichen Grunde Ersatz für Schaden und Interessen mit dem geeigneten Rechtsmittel gefordert werden kann.

13) A. W. O. Art. 4, Nr. 5. Vergl. o. §. 415, III, B. I, S. 747.

14) Dafür hatte sich auch schon die landrechtliche Praxis entschieden. Pr. des Ober-Trib. 1887, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 468); Pl.-Beschl. vom 19. Dezbr. 1845 (J. M. Bl. 1846, S. 38).

15) M. Wechselrecht, S. 116. Dem dritten Inhaber gegenüber genügt es, daß der Wechsel mit Wissen und Willen des Ausstellers mit dessen Namen unterschrieben (nicht falsch) ist. Daher ist der Einwand, daß der Unterzeichner außer seinem Namen nichts schreiben und auch Geschriebenes nicht lesen könne, im Wechselprozesse unzulässig. Pr. 2269, v. 6. Febr. 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 354).

Der Stellvertreter muß jedoch, wenn er nicht persönlich als Aussteller gelten will, nicht seinen, sondern den Namen des Auftraggebers unterschreiben[16]). Er haftet aber dennoch in gleicher Weise wie der angebliche Machtgeber, hätte dieser Vollmacht ertheilt gehabt, gehaftet haben würde, wenn er, ohne Vollmacht dazu gehabt zu haben, unterzeichnet hat. Das Gleiche gilt von Vormündern und andern Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen[17]). Die Unterzeichnung des Ausstellers mit Kreuzen oder andern Zeichen schafft eine wechselkräftige Erklärung, wenn sie gerichtlich oder notariell beglaubigt wird[18]). III. Andere wesentliche Bestandtheile des Wechsels kennt das heutige Recht nicht, namentlich ist der Beisatz „an Ordre"[19]) so wenig als das Bekenntniß über Empfang der Valuta erforderlich, daher denn auch der Einwand nicht empfangener Valuta kein wechselrechtlicher Einwand mehr ist. Fehlt aber eines der gedachten wesentlichen Erfordernisse, so entsteht aus der Schrift keine wechselmäßige Verbindlichkeit und die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) haben kein Wechselrecht[20]).

§. 621.

c) Mitverpflichtung Anderer, Wechselbürgschaft.

Hetzler, de diff. juris rom. et camb. in fidejussione. Argent. 1755. — **Gerken**, de fidejuss. camb.; in Besecke Thesaur. p. 886. — **Riccius**, Exercitat., No. VII. — **Püttmann**, de avallo. Lips. 1781.

I. Verpflichten sich Mehrere schlechthin als Mitschuldner, so haften sie, wie gewöhnliche Korrealschuldner, Alle in solidum und unter ihnen selbst kommen die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze zur Anwendung; der Zahler erlangt kein Wechselrecht

---

16) Z. E. Seeger und Comp. per (oder durch) Kassenhalter.

17) A. W. O. Art. 95. Die Satzung, daß Vormünder und ähnliche Vertreter nur ebenso wie der Vertretene haften, also von dem Personalarreste befreit sind, ist nicht rechtfertig. S. m. Wechselrecht, S. 347.

18) A. W. O. Art. 94. Ueber andere mangelhafte Unterschriften m. Wechselrecht, S. 345.

19) Es muß umgekehrt „nicht an Ordre" lauten, wenn die Uebertragung unstatthaft sein soll. A. W. O. Art. 9.

20) A. W. O. Art. 7. Ein gezogener Wechsel kann dann als Anweisung dienen, wenn er den Anforderungen einer solchen entspricht. M. Wechselrecht, S. 130.

gegen die Mitschuldner [1]). Die Korrealverpflichtung geschieht: 1. dadurch, daß Mehrere einen Wechsel ohne Beifügung einer Bestimmung unterschreiben [2]); 2. dadurch, daß der Disponent einer Sozietätshandlung unter deren Firma den Wechsel ausstellt [3]); 3. dadurch, daß ein Faktor in einem, unter der Firma seiner Handlung ausgestellten Wechsel sich persönlich mit verpflichtet; oder seinen Auftrag überschreitet [4]). II. Die Verbürgung für einen Wechsel kann im Wechsel selbst übernommen werden (aval), oder auch mittelst besonderer Handlung. Das Avallum geschieht dadurch, daß man unter einem Wechsel seiner Unterschrift die Eigenschaft als Bürge beifügt [5]). Ein solcher Bürge haftet, wenn er wechselfähig ist, wechselmäßig und solidarisch, doch nur nach Inhalt seiner Erklärung, dergestalt, daß, wenn er seiner Unterschrift nichts beifügt, die unterzeichnete Erklärung unbedingt maßgebend ist, wenn er aber Bedingungen und Einschränkungen macht, Diese seine Verbindlichkeit bestimmen [6]). Wer sich besonders verbürgt, haftet wie ein gemeiner Bürge. In der Art der Haftung ist zwischen einem Wechselbürgen und einem Gemeinen der Unterschied, daß jener als Solidarschuldner wechselmäßig haftet; hinsichtlich der Regreßnahme aber an Denjenigen, für welchen er sich verbürgte, ist jetzt kein Unterschied mehr: Beide haben nur die Civilklage aus dem zwischen ihnen und dem Hauptschuldner gegründeten Rechtsverhältnisse; denn dieses Rechtsverhältniß liegt außer dem Gebiete des Wechselrechts, es ist rein civilrechtlich und kann nur auf diesem Wege zur Auflösung gebracht werden [7]). Hat er sich den Wechsel giriren lassen und ist sein Bürgschaftsverhältniß aus dem Wechsel selbst ersichtlich, so kann er als Wechselinhaber gegen jeden Wechselverpflichteten wechselmäßig verfahren, und — wenn er den Geber, dem er als

---

1) A. W. O. Art. 81. A. L. R. I, 5, §. 443 ff. M. Wechselrecht, S. 303. — Pr. 1343c, vom 30. September 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 336).

2) A. W. O. Art. 81. Frauen machen eine Ausnahme nach Art. 1 verb. mit A. L. R. I, 14, §§. 232, 233.

3) A. L. R. II, 8, §§. 647 ff., 633, 514.

4) Ebend. §. 545. A. W. O. Art. 95.

5) Z. B. N. N. als Bürge, oder per aval N. N.

6) A. W. O. Art. 81. Wenn daher die Bürgschaft unter einer nicht eingetretenen Bedingung übernommen ist, so ist nicht allein keine Wechselbürgschaft, sondern überhaupt gar keine Bürgschaft eingetreten. Entsch. des Ober-Trib. Bd. IX, S. 354.

7) A. W. O. Art. 81. M. Wechselrecht, S. 304.

Bürge zur Seite gestanden hat, angreift — sein Aval ausstreichen[8]). Durch die bloße Auslieferung des quittirten Wechsels, des Protestes und einer quittirten Retourrechnung erwirbt er gegen dessen Person kein Wechselrecht, weil derselbe weder ein Vormann von ihm noch sein Wechselaussteller ist[9]).

B. Verhältniß zwischen Trassanten und Remittenten.

§. 622.

1. Verbindlichkeit des Trassanten.

Der Trassant ist verbunden, dafür zu sorgen, daß der Wechsel, seinem Inhalte gemäß, angenommen und pünktlich bezahlt werde; er haftet, wenn Das unterbleibt, wechselmäßig für das ganze Interesse und alle nicht von dem Gläubiger verschuldete Kosten, wenngleich er ohne Schuld dabei ist. Doch ist diese Wechselverbindlichkeit dadurch bedingt, daß der Remittent in der übernommenen Bemühung, die Zahlung an dem angewiesenen Orte und bei der bestimmten Person rechtzeitig zu erheben, nichts versäume, sonst ist jeder Anspruch aus dem Wechsel gegen den Wechselgeber erloschen und nur noch die Civilklage aus der Bereicherung zuläßig[1]). Der Remittent ist aber befugt, seinen Wechsel auf einen Andern zu übertragen (eigentliches Indossament), oder durch einen Stellvertreter einziehen zu lassen (Indossament pro cura), ohne Unterschied, ob der Wechsel auf Ordre lautet oder nicht, und selbst die Worte: „nicht an Ordre" oder ein gleichbedeutender Ausdruck verhindern nicht das Indossament, sondern nur den wechselmäßigen Regreß[2]).

§. 623.

2. Eigentliches Indossament.

Grolmann, de cessione litterar. camb., Giess. 1711. — Gries, de indossamento lit. camb., Gott. 1795. — Riccius, de cessione camb. extra camb.; in Exercitt. no. VI. — Wolf, über die rechtliche Natur der Indossamente; in der Jurist. Wochenschr., 1842, S. 537 flg.

---

8) Ebend. Art. 48, 49 und 55.

9) Darum fehlen die Voraussetzungen des Art. 51, daher derselbe auf dieses Verhältniß nicht anwendbar ist.

1) A. W. O. Art. 8 und 83. — M. Wechselrecht, S. 132 und Siebenhaar II, S. 32 ff.

2) Art. 9 und 15 a. a. O. — M. Wechselrecht, S. 135.

Eigentliches Indossament, auch Giro, heißt die Uebertragung der Wechselforderung auf einen Andern. I. Die Erfordernisse eines Indossaments sind: 1. Es muß auf den Wechsel oder eine Kopie desselben geschrieben werden, sonst hat es nur die Wirkungen einer Cession eines civilrechtlichen Forderungsrechts und, wenn der Wechsel hinterdrein auf einen Dritten gehörig indossirt worden ist, ist dieser zur Weiterbegebung wie zur Einziehung des Wechsels vollständig legitimirt, wenn er auch die Cession gekannt hat[3]). Kann das Papier, wegen Mangels an Raum, nicht alle Indossamente aufnehmen, so darf ein Blatt (Alonge) angeklebt und darauf die Fortsetzung geschrieben werden[4]), doch so, daß der Schriftsatz unvollständig wird und es dadurch erkennbar macht, wenn der Verlängerungszettel später wieder entfernt worden. 2. Es muß von dem Indossanten eben so unterzeichnet werden wie ein Wechsel. Weiter ist nichts erforderlich, namentlich kann die Ausfüllung eines bloß durch Namensunterschrift vollzogenen Indossaments (Blanco-Indossaments) jedem spätern Inhaber überlassen bleiben; so lange die Ausfüllung nicht geschehen ist, kann der Wechselbrief durch bloße Uebergabe weiter girirt werden[5]). II. Die wechselmäßigen Wirkungen eines gehörigen Indossaments sind: 1. Der Indossatar tritt in alle Rechte des Indossanten aus dem Wechsel, er kann den Wechsel auch weiter indossiren und zwar selbst an den Aussteller, Bezogenen, Acceptanten oder einen früheren Indossanten; und auch ein solcher Indossatar kann denselben weiter indossiren[6]). 2. Zwischen dem Indossanten und dem Indossatar tritt dasselbe Verhältniß ein wie zwischen Trassanten und Remittenten: der wechselfähige Indossant haftet dem selbst nicht wechselfähigen Indossatar und jedem spätern Inhaber des Wechsels wegen dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig, in allen Fällen, wenn auch der Wechsel oder ein früheres Indossament falsch ist, für Ebendasselbe, wofür der Trassant dem Remittenten aufkommen muß (§. 622); es steht ihm jedoch frei, diese Verbindlichkeit auszuschließen, welches dadurch geschieht, daß er seinem Indossamente die Bemerkung „ohne Gewährleistung“ oder

---

3) A. W. O. Art. 11. Der Cessionar hat kein Interventionsrecht.

4) Ebenda. Die Verbindungsweise ist gleichgültig.

5) A. W. O. Art. 11, 94 u. 13.

6) A. W. O. Art. 10. Hierdurch wird der Wechsel ein umlaufendes Geldpapier, welches in die Hände Dessen, der es schon einmal ausgegeben hat, wieder zurück kommen kann.

„ohne Obligo" oder einen gleichbedeutenden Vorbehalt hinzufügt [7]). Uebernimmt er gegen den Indossatar zwar die Wechselverbindlichkeit, so kann er diese doch in Beziehung auf alle spätere Inhaber dadurch ausschließen, daß er unter dem Beding „nicht an Ordre" indossirt [8]). 3. Der Anspruch eines Indossatars gegen einen Vormann ist in der Regel durch eben die Sorgfalt in dem Versuche der Einziehung und Verfolgung der Forderung bedingt, wie der des Remittenten an den Trassanten. Nichtwechselfähige Indossanten haften nicht nach den Grundsätzen des Handlungsrechts; sondern nach Beschaffenheit des dem Indossamente zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, folglich nicht für die im Wechselverkehr vorkommenden Besorgungs- (Provision) und Protestkosten [9]). Der in Anspruch genommene Vormann hat wegen Dessen, was er geleistet hat, nebst 6 Prozent jährlicher Zinsen, der ihm entstandenen Kosten und einer Provision von $\frac{1}{3}$ Prozent, den Regreß an seine Vormänner und den Aussteller, und kann dazu gegen Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten die Aushändigung des quittirten Wechsels, auf welchem der befriedigte Inhaber sein Giro und alle folgenden ausstreichen darf, und des Mangels Zahlung erhobenen Protestes verlangen [10]), oder vielmehr, er ist nur schuldig, gegen Aushändigung des Wechsels und aller übrigen zur Begründung der Regreßklage erforderlichen Urkunden zu zahlen. III. Diese Wirkungen treten nur dann ein, wenn der Wechsel vor dem Verfall oder noch vor Ablauf der Zeit zur Erhebung des Protestes Mangels Zahlung indossirt worden ist. Wird ein Wechsel indossirt, nachdem diese Frist abgelaufen ist, so erlangt der Indossatar nur die Rechte aus dem Accepte gegen den Bezogenen und Regreßrechte gegen Diejenigen, welche den Wechsel nach Ablauf dieser Frist indossirt haben, denn gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner ist der Regreß durch Versäumung des Protestes erloschen. Ist aber der Wechsel vor der Indossirung bereits Mangels Zahlung protestirt worden, so hat der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, sowie gegen den Aussteller und Diejenigen, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben, welche

7) A. W. O. Art. 14 u. 75. M. Wechselrecht S. 144 u. 291.
8) A. W. O. Art. 15.
9) Simon u. v. Strampff, Rechtssprüche, Bd. I, S. 216.
10) A. W. O. Art. 39, 48, 51, 54, 55.

wechselrechtliche sind oder nicht, je nachdem der Indossant bei der Protesterhebung die Vorschriften beobachtet hat; gegen den Indossanten selbst aber erlangt der Indossatar keinen wechselmäßigen Anspruch, denn er wußte ja, daß der Wechsel wegen Nichtzahlung aufgehört hatte, als Geldpapier umzulaufen. War der Protest zu spät oder fehlerhaft erhoben, so ist es wie in dem vorgedachten Falle, wo er ganz unterblieben[11]). IV. Das Theil-Indossament ist unverboten, folglich zulässig. Es kann so geschehen, daß der Indossant einen Theil für sich behält, oder so, daß er den Wechsel nach bestimmten Theilen an mehrere Indossatare girirt. Man bedient sich zur Ausführung des Theil-Indossaments einer Abschrift des Wechsels[12]).

§. 624.

3. Indossament in Prokura.

Grattenauer, über Wechselprokura. Berlin 1800.

I. Dieses Indossament gründet sich auf ein Mandat und stellt die Vollmacht des Beauftragten vor; es gelten dabei zwischen Indossanten und Indossatar unbedingt[1]), und zwischen dem Letztern und den weitern Indossataren, sofern Diese dessen Verhältniß gekannt haben, die Grundsätze von Vollmachts-Aufträgen[2]). Man unterscheidet noch das Indossament pro cura a) bloß zum Einziehen der Forderung, und b) das zur Veräußerung. Nur das Zweite ermächtigt zur weitern Begebung. Das Prokura-Indossament aber kann auf einen Andern übertragen werden[3]). II. Das Prokura-Indossament muß sich als solches durch den Wortlaut ankündigen, sonst gilt es im Verkehr für ein eigentliches Indossament. Man bedient sich dazu der Formel: „in Prokura", oder „zur Einkassirung", oder „zur Weiterbegebung",oder einer andern, die Bevollmächtigung ausdrückenden Formel. Es ermächtigt zur Einziehung der Wechselforderung, zur Protesterhebung und Be-

11) Ebenda Art. 16. Sonst waren die Wechselordnungen über den Endtermin für die Indossirung in ihren Bestimmungen sehr verschieden. S. auch Simon Rechtsspr. Bd. I, S. 268.

12) Das nähere s. m. Wechselrecht S. 137.

1) A. W. O. Art. 17. — Treitschke Encyklopädie, Bd. I, S. 469.

2) I, 13 §§. 150 u. flg. — Bender, I, S. 602.

3) A. W. O. Art. 17, Satz 2. Dadurch scheidet der Indossant ganz aus.

nachrichtigung des Vormannes des Machtgebers, zur Einklagung und zur Erhebung der deponirten Wechselschuld[4]).

§. 625.

4. Präsentation des Wechsels.

I. Der Wechselinhaber muß den Wechsel dem Bezogenen zur gehörigen Zeit vorzeigen oder vorzeigen lassen; der dazu Abgesandte bedarf zu seiner Legitimation keiner schriftlichen Vollmacht[1]). In der Regel ist der Inhaber berechtigt aber nicht verpflichtet, den Wechsel noch vor der Verfallzeit zur Annahme zu präsentiren. Davon gelten drei Ausnahmen: 1. Meß- und Marktwechsel dürfen nicht vor der an dem Meß- oder Marktorte gesetzlich bestimmten Präsentationszeit zur Annahme präsentirt werden[2]); 2. Wechsel, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht (Vorzeigung) lauten; sie müssen, wenn die Wechselerklärung keine Vorschrift darüber enthält, binnen 2 Jahren nach der Ausstellung zur Annahme präsentirt werden, bei Verlust des Wechselregresses gegen die Indossanten und den Aussteller[3]); 3. Domizilwechsel, wenn in denselben die Präsentation vorgeschrieben ist, müssen, bei gleichem Verluste, zur Annahme vorgezeigt werden[4]). II. Die Präsentation muß dem Bezogenen selbst oder dessen Prokuristen[5]), in dem Geschäftslokale oder, in Ermangelung eines solchen, in dessen Wohnung, an einem Werkeltage, und zwar, wenn der Wechsel an einem Sonntage oder allgemeinen (öffentlichen) Feiertage verfällt, am nächsten Werktage, zwischen 9 Uhr Morgens und 6 Uhr Abends[6]), geschehen; wenn keine Erklärung darauf

---

4) Ebenda, Satz 1. Es besteht zwar nur ein Mandatsverhältniß, doch unterscheidet sich dasselbe von dem Civilmandate darin, daß der Indossatar in Prokura in seinem Namen auftritt und auch den Prozeß auf seinen Namen führt, folglich auch als Selbstschuldner für die Prozeßkosten einsteht.

1) A. W. O. Art. 18, Satz 3.

2) A. W. O. Art. 18, Satz 1 u. 2. Die Präsentationszeit an den verschiedenen deutschen Meßorten s. m. Wechselrecht, S. 155 ff.

3) A. W. O. Art. 19. Diese Verpflichtung bezweckt die Sicherheit des Wechselbegebers, daher jeder Indossant eine Präsentationsfrist vorschreiben kann.

4) A. W. O. Art. 24. Hierbei ist das Interesse des Bezogenen berücksichtigt.

5) Die Ueberlieferung des Wechsels an einen nicht mit Prokura versehenen Kommis des Bezogenen und die Vorzeigung durch diesen genügt nicht zur Protesterhebung. Entsch. des Ob.-Trib. Bd. VIII, S. 342, und Plenarbeschl. vom 29. Feb. 1844 (Entsch. Bd. IX, S. 59).

6) Art. 91. Einf.-Ges. v. 15. Febr. 1850, §. 4.

erfolgt, so ist zu verfahren, als wenn die Annahme verweigert worden. Ist der Bezogene verstorben, so präsentirt man dem Geschäftsführer oder Erben im Geschäftslokale oder, wenn ein solches nicht vorhanden, im Sterbehause, auch bei domiziliirten Wechseln. Wird dort Niemand angetroffen, so ist Protest zu erheben, wie auch in dem Falle, wenn das Geschäftslokal oder die Wohnung selbst durch Nachfrage bei der Ortspolizeibehörde Seitens des protestaufnehmenden Beamten nicht zu ermitteln, welches im Proteste vermerkt werden muß[7]).

§. 626.

5. Acceptation.

Gries de acceptatione liter. camb. Jenae, 1800. Deutsch von Zentsch. Quedlinburg, 1802.

I. Acceptation heißt die Erklärung (die Handlung) des Bezogenen, daß er als solcher die Zahlung des Wechsels nach dessen Vorschrift leisten wolle; das Produkt dieser Handlung heißt Accept. Sie begründet, selbst wenn der Wechsel falsch ist[1]), zwischen ihm und dem Remittenten oder dessen Rechtsnachfolger eine selbstständige Wechselverbindlichkeit auf Leistung dessen, was der Wechsel besagt, wenn der Acceptant wechselfähig ist, obgleich dem Aussteller die Wechselfähigkeit fehlt[2]); befreiet aber nicht den Trassanten von seiner Verbindlichkeit gegen den Remittenten. Welches Rechtsverhältniß dadurch zwischen dem Acceptanten zu dem Trassanten entsteht, hängt von dem Geschäfte ab, welches den Acceptanten zur Annahme veranlaßt[3]). II. Die Acceptation kann in willkührlich gewählten Worten, sogar durch den bloßen Namen oder die Firma ausgedrückt, muß aber nothwendig auf den Wechsel selbst gesetzt und von dem Acceptanten oder dessen Prokuristen eigenhändig mit seinem Namen oder seiner

---

7) Art. 91, Satz 2. Diesen Protest nennt man Perquisitionsprotest.

1) A. W. O. Art. 75. Nur ope exceptionis doli kann die Verbindlichkeit unwirksam werden, wenn der Kläger in dolo ist.

2) Aus demselben Grunde wie bei einem falschen Wechsel, nämlich weil der Acceptant ein selbstständiger und ursprünglicher Wechselverpflichteter ist. Art. 23.

3) Darüber s. m. Wechselrecht S. 160. Der Bezogene erlangt kein Wechselrecht gegen den Zieher. Art. 23, Satz 3.

Firma unterschrieben[4]) werden; die in einer besondern Urkunde erklärte Acceptation begründet nur einen civilrechtlichen Anspruch. Das Datum der Annahme ist kein wesentliches Erforderniß und kann, wenn es, wie bei Sichtwechseln, darauf oder auf das davon etwa verschiedene Datum der Präsentation ankommt, durch Protest festgestellt werden[5]). Durch mündliche oder stillschweigende Acceptation entsteht kein Wechselrecht. Die Annahme kann gültig auch noch nach dem Verfalltage, selbst nach bereits erklärter Weigerung geschehen[6]), doch darf der Präsentant sich nur bei einer unbedingten beruhigen. Es gilt aber jeder Ausdruck für eine unbeschränkte Annahme, sofern dadurch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Bezogene entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Einschränkungen annehmen wolle[7]). Ist der Wechsel ein domiziliirter, so muß in der Annahme der Zahler (die Adresse) bestimmt angegeben werden; ist dies unterblieben, so wird angenommen, daß der Bezogene selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle[8]). In keinem Falle ist der Bezogene schuldig, das Accept noch auf andere Exemplare, als das ihm zuerst präsentirte, zu setzen. Die Annahme muß unbedingt und ohne Einschränkung sein, mit der einzigen Ausnahme, daß sie auf einen Theil der im Wechsel vorgeschriebenen Summe beschränkt werden darf. Werden andere Einschränkungen beigefügt, so gilt die Annahme, in Beziehung auf die Regreßnahme, für gänzlich verweigert; der Acceptant haftet aber dem Inhaber, wenn dieser solches der Regreßnahme vorzieht, nach dem Inhalte seines Accepts wechselmäßig[9]). III. Durch die Vollziehung der Acceptation ist die hierdurch begründete neue Wechselverbindlichkeit geschlossen (perfekt), und da ein Schuldner sich nicht einseitig befreien kann, so hat das eigenmächtige Durchstreichen seiner Annahme durch ihn, sei es vor oder nach der Zurückgabe, gar keine rechtliche

---

4) A. W. O. Art. 21. Ueber die Unterzeichnung mit der Firma s. Entsch. des Ob.-Tr. Bd. VIII, S. 342.

5) A. W. O. Art. 20. Nach dem frühern Rechte konnte es auf jede andere Art bewiesen werden. A. L. R. II, 8, §. 1004.

6) Vergl. K. O. v. 24. März 1831, Satz zu §. 28 a. E (G. S. S. 7).

7) A. W. O. Art. 21, Satz 2. Die gewöhnliche Formel ist: „angenommen," oder „acceptirt." Ein vorsichtiger Acceptant fügt bei: „für so und so viel, zahlbar in NN." — Das Letztere deshalb, weil es vorkommt, daß der Inhaber, nach der Acceptation, noch ein Domicil auf den Wechsel setzt, was dann schwer erweislich ist.

8) A. W. O. Art. 24. Nach altem Rechte mußte in diesem Falle Protest erhoben werden. Den Domiciliaten kann nur der Acceptant ernennen.

9) A. W. O. Art. 22. Ueber die älteren Meinungen: m. Wechselrecht S. 169 ff.

Wirkung, selbst wenn die Schrift unleserlich gemacht worden wäre; weil der formelle Vertrag vollzogen war[10]) und die Beweiskraft kein Erforderniß der Form ist[11]). Erhält der Präsentant den Wechsel mit einem durchstrichenen Accept zurück, so muß er dagegen protestiren, nicht zur Sicherung des Regresses, sondern um den Mangel seiner Einwilligung dazu außer Zweifel zu setzen. IV. Wird die unbedingte Annahme oder nachher die Zahlung verweigert, so muß der Inhaber, nachdem er Protest erhoben, sich an die etwa gegebene Nothadresse, d. i. ein von dem Trassanten oder einem Indossanten auf dem Wechsel bezeichneter Dritter, welcher für den gedachten Fall die Zahlung leisten soll, wenden. Sind mehrere Adressen, so muß, wenn der Erste oder die Ersten nicht **unbedingt** acceptiren und zahlen, die Meldung nach und nach, immer mit Protesterhebung, bei Allen geschehen und Demjenigen der Vorzug gegeben werden, welcher zu Ehren des Trassanten oder eines frühern Indossanten acceptiren will[12]). Nimmt der Adressat an, so entsteht zwischen ihm und dem Wechselgläubiger die eben gedachte Wechselverbindlichkeit (III), gegen den Adressanten erhält der Adressat die Rechte des Bezogenen, nicht die eines Ehrenacceptanten. V. Will auch kein Adressat sich einlassen oder bezahlen, doch zur Ehre eines Wechselverbundenen sich zur Acceptation verstehen (Acceptation per honor oder sopra prosteto)[13]): so muß der Inhaber solches gestatten, wobei dann der Bezogene vor dem Adressaten den Vorzug hat; einen nicht auf dem Wechsel benannten Dritten aber braucht der Inhaber nur dann zuzulassen, wenn ihm sogleich baare Zahlung (Zahlung par honneur) geleistet wird, außerdem ist er berechtigt, aber zur Erhaltung seines Regresses nicht verpflichtet, die Intervention (ei-

---

10) A. W. O. Art. 21, Satz 4. Die Zustimmung des Inhabers allein genügt nicht, wegen des Interesses der übrigen Wechselverbundenen; der Inhaber würde den Regreß verlieren. Die Zurückgabe gehört nicht mehr zur Form, daher ist die Durchstreichung vor der Rückgabe nicht, wie Treitschke, Encyklopädie I, S. 35, meint, in der Willkühr des Acceptanten.

11) S. o. §. 549. Daher findet selbst aus einem verlorenen Wechsel die Wechselklage statt. A. W. O. Art. 73.

12) Art. 56. Nicht überall will man den Indossanten die Bestimmung von Nothadressen gestatten, z. E. in Frankreich. Vergl. über die Rangordnung **Bender**, II. S. 629.

13) **Mothes** de interventione cambial. Lips. 1822. — **Heidenreich** de interventione camb. Lips. 1826.

gentliche Acceptation par honneur) abzulehnen[14]). 1. Jeder, der als Intervenient (per honor) acceptiren will, muß dieses deutlich mit Worten und in der vorgeschriebenen Form, d. i. in einem Anhange zu dem Proteste Mangels Annahme, ausdrücken, sonst erwirbt er nur die Rechte des Bezogenen, nicht die des Wechselinhabers, gegen den Verpflichteten; desgleichen gehört als wesentliches Erforderniß dazu, daß er vor der Intervention den Protest erheben und sich gegen Erstattung der Kosten aushändigen lasse[15]). 2. Der Intervenient darf bestimmen, zu Ehren wessen von mehreren Wechselverbundenen er eintritt, nur kann er nicht für den Bezogenen eintreten; er muß die Person des Honorirten in dem Accept bezeichnen, sonst wird angenommen, daß er für den Trassanten eingetreten sei[16]). 3. Melden sich mehrere Intervenienten so muß Derjenige vorgezogen werden, welcher die wenigsten Vormänner in der Verbindlichkeit lassen will, der Intervenient für den Aussteller ist mithin der vorzüglichste[17]). 4. Gestattet der Inhaber eine eigentliche Acceptation per honor (im Gegensatze von der Zahlung per honor), so wird der Ehrenacceptant den sämmtlichen Nachmännern des Honoraten durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet; die Verpflichtung erlischt, wenn der Wechsel nicht spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahltage zur Zahlung vorgelegt wird[18]). 5. Durch die Befriedigung des Wechselinhabers tritt der Intervenient in dessen Rechte und Pflichten gegen den Acceptanten, gegen den Honorirten und dessen Vormänner[19]), gegen Diese aus dem Rechte des Honorirten. Dieses setzt aber voraus, daß er ausdrücklich zu Ehren eines Wechselverpflichteten eingetreten sei und gezahlt habe. Ist dies nicht der Fall und die Zahlung auch nicht als eine Ehrenzahlung geleistet worden, so erwirbt der Dritte durch die Zahlung allein, und wenn er sich von dem Inhaber weder ein Giro noch eine Cession,

---

14) Der gegen diese Berechtigung sonst erhobene Zweifel hatte keinen juristisch gültigen Grund und ist jetzt durch Art. 57 und 62 Satz 3 beseitigt.

15) A. W. O. Art. 58. Die hier vorgeschriebene Form kannten schon viele W. O.; dem A. L. R. war sie fremd. Anders bei der Ehrenzahlung. Art. 63.

16) Art. 59. — Treitschke Encyklopädie, I, S. 523, 524 u. 552.

17) Art. 56 Satz 2 und Art. 64.

18) Art. 60. — Treitschke a. a. O., S. 581.

19) Art. 63. — Gutachten der Berliner Börsenvorsteher; in Mathis, Bd. III, S. 499. — Bender, Grundsätze des deutschen Wechselrechts, Bd. I, S. 652.

sondern nur eine Quittung hat geben lassen, gegen die Vormänner des durch ihn befriedigten Wechselinhabers kein Wechselrecht, vielmehr nur eine gewöhnliche Forderung ohne Vorrechte [20]).

6. Zahlung.

§. 627.

a) Bei verlornen Wechseln.

I. Ohne nochmalige Präsentation des Wechsels braucht nicht gezahlt zu werden. Meldet Jemand sich am Zahltage zur Empfangnahme der Zahlung, oder schon vorher mit der Behauptung, daß er der Gläubiger sei, der Wechsel aber verloren gegangen: so muß der Acceptant, mag sich zugleich ein Inhaber melden oder nicht, die Zahlung gegen Sicherheitsleistung bis zur Amortisation des Wechsels, oder ad depositum leisten, und kann dazu von dem Verlierer wechselmäßig gezwungen werden, wenn der Wechselkläger die Acceptation (den Grund der Wechselverbindlichkeit) zu beweisen vermag [1]). Meldet sich kein Inhaber, so muß der Verlierer bei dem Handelsgerichte oder, wo es daran fehlt, bei dem ordentlichen Gerichte des Zahlungsortes ein Aufgebot ausbringen, und wenn darauf Niemand sich meldet, der Wechsel mortifizirt werden [2]). Derjenige, welcher die Amortisation ausgebracht hat, ist alsdann zum Empfange der Zahlung berechtigt [3]). Meldet sich vor oder nach dem Aufgebote ein Inhaber, so wird er für den rechten Gläubiger gehalten, wenn er den Wechsel nicht unredlich erworben hat, oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels nicht eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, ohne Unterschied, ob das Giro falsch oder nicht; der letzte rechtmäßige Inhaber kann von ihm den Wechsel nicht vindiziren und hat auch keinerlei Forderungsrecht gegen den Aussteller, er kann sich nur an den unredlichen

---

20) I, 16, §§. 46, 47. — Präj. des Obtr. 1858, vom 30. April 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 458).

1) A. W. O. Art. 73. — Treitschke, Bd. II, S. 595. — Die Wechselklage findet allerdings statt.

2) A. W. O. a. a. O. Das Verfahren ist im §. 2. des Einführungsgesetzes vom 15. Februar 1850 vorgeschrieben.

3) A. W. O. a. a. O. Der Ablauf der Wechselverjährung giebt dem Präsentanten keine Berechtigung, wenn auch keine Ansprüche Dritter zum Vorschein gekommen sind.

Finder und Giranten halten[4]). Meldet sich Niemand zur Empfangnahme der Zahlung, so ist der Acceptant am dritten Tage nach der Verfallzeit zu deponiren berechtigt; der Vorladung des muthmaßlichen letzten Inhabers bedarf es dazu nicht[5]). II. Ist der Wechsel nach Verweigerung der Zahlung und Erhebung des Protestes verloren gegangen, so wird ebenso mit dem Aufgebot u. s. w. verfahren, und Derjenige, welcher in dem über den Protest aufgenommenen Protokolle als rechtmäßiger Inhaber genannt, ist den Trassanten auf Zahlung gegen Sicherstellung oder Niederlegung der zu zahlenden Summe schon vor dem Austrage des Aufgebots- und etwaigen Legitimations- (Interventions-) Verfahrens, wechselmäßig anzuhalten berechtigt[6]). III. Geht ein Wechsel vor der Acceptation verloren, so muß der Verlierer davon den Aussteller und den Bezogenen in Kenntniß setzen, sonst verliert er sein ganzes Recht auch gegen den Aussteller, wenn der Bezogene an einen unverdächtigen Inhaber den Wechsel bezahlt In jedem Falle muß die Verfallzeit und damit abgewartet werden, ob der Wechsel zur Präsentation kommt. Geschieht Dieses, und acceptirt der Bezogene, so wird es mit der Zahlung gehalten, wie in dem ersten Falle. Acceptirt er nicht, so darf er, wenn der Inhaber unverdächtig ist, den Wechsel nicht, wie nach dem alten Rechte erlaubt war, zurückhalten und dem Richter ausliefern. Der Präsentant muß dann, wegen Nichtacceptation, Protest erheben, worauf er von Demjenigen der Vormänner, auf welchen er zurückgehen will, noch vor ausgemachter Sache Sicherheitsbestellung wechselmäßig fordern kann[7]). Meldet sich Niemand mit dem Wechsel bis zum Verfalltage, so kann der Verlierer dem Be-

---

4) A. W. O. Art. 74. Anders nach G. R., welches der **bona fides** nicht die Wirkungen einräumt, welche sie nach Pr. R. hat. Durch den Art. 74 ist die partikularrechtliche Satzung des preuß. Rechts zu einem für das deutsche Wechselrecht allgemeinen Rechtssatze gemacht worden.

5) A. W. O. Art. 40 u. 41. Das landrechtliche Depositionsverfahren fällt also weg.

6) Irrig bestreiten Erelinger und Gräff, S. 359, den wechselmäßigen Anspruch, behauptend, daß das Wechselrecht durch den Verlust des Wechselbriefs erloschen sei. Nichts weniger. Der Mangel des Originals berührt nur den Beweis, nicht das Recht (s. o. §. 626, Note 11) und hat ebenfalls nur auf das Verfahren Einfluß.

7) A. W. O. Art. 25. Auf den Verlierer wird im Wechselverkehr keine Rücksicht genommen, bis etwa der Richter auf Grund einer begründeten Interventionsklage (Art. 74) Arrest legt.

zogenen ein Duplikat des Wechsels, welches der Aussteller zu geben verpflichtet ist[8]), zur Annahme präsentiren.

§. 628.

b) Bei Verfälschungen.

Bondt, de periculo damni ex falso in literis camb. commiss. Lugd. 1788. — **van Hall**, Proeve van en Onderzoeck wegens de Gevolgen van gepleedge Valschheid, Amst. 1828; im Auszuge in der Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft, Bd. I, Nr. 22. — Die ältere gemeinrechtliche Literatur ist mit Vorsicht zu benutzen, wegen der ganz veränderten Folgen der Redlichkeit im Erwerbe.

I. Der Umstand, daß die Wechselverbindlichkeiten formelle sind, verbunden mit dem Grundsatze, daß der redliche Erwerber wegen seiner Redlichkeit geschützt wird, ergeben in Bezug auf die bei Wechseln vorkommenden Unrichtigkeiten folgende Grundsätze: 1. Das Falsche begründet für Denjenigen, welcher sich nicht verbindlich machte, keine Verbindlichkeit, mithin kann eine solche auch nicht auf einen redlichen Dritten übertragen werden. 2. Wer auf Grund einer wirklichen oder vermeintlichen Verbindlichkeit für sich eine Wechselverbindlichkeit eingeht, ist in der That wechselrechtlich verbunden, wenn auch die vorausgesetzte Verbindlichkeit nicht vorhanden war. 3. Diese nach strengem Rechte gültige Verbindlichkeit wird aber durch die exceptio doli unwirksam. II. Anwendungen: 1. Wer einen falschen Wechsel acceptirt, muß ihn, kraft seiner eigenen Verbindlichkeit, wechselmäßig bezahlen, wenn der Inhaber redlich ist, und nicht mit der exceptio doli zurückgewiesen werden kann; der Acceptant hat keinen Anspruch an den vermeintlichen Aussteller, weil eine Verbindlichkeit desselben nicht besteht[1]). Bis zur ausgemachten Sache kann er von dem Inhaber gegen Zahlung Kautionsbestellung fordern oder ad depositum zahlen, und der Inhaber ist nicht befugt, dieserhalb an die Vormänner zu gehen[2]); wohl aber kann er das, wenn der Acceptant überhaupt nicht zahlt. 2. Ist in einem ächten Wechsel die Summe verfälscht, so gilt in Absicht des falschen Theils dieselbe Regel: der Aussteller ist nicht

---

8) A. W. O. Art. 66. Vergl. Art. 41.

1) A. W. O. Art. 75, 76. Der Irrthum entkräftet die Wechselerklärung also nicht.

2) Wenn auch die Falschheit bewiesen wird, so hat der Acceptant doch nicht die condictio indebiti, wie man vor der A. W. O. nach G. R. wohl mit Grund behauptet. Treitschke, I. S. 413.

schuldig und der Indossant wie der Acceptant in dem Falle, daß die Verfälschung erst nach dem Giro und nach der Acceptation geschah, auch nicht, weil darauf die Verbindlichkeit selbst nicht formell eingegangen ist; wogegen solches allerdings in dem Falle geschehen, wenn die Wechselverbindlichkeit erst nach der Fälschung durch Indossament oder Accept übernommen ist([1]). Der Bezogene aber, welcher gegen den Inhalt des Avisbriefes unvorsichtig acceptirte und deshalb zahlen mußte, hat keinen Anspruch an den Aussteller[3]). 3. Ein falsches Indossament erzeugt zwar keine Verbindlichkeit des angeblichen Giranten, überträgt jedoch gleichwohl auf die folgenden redlichen Hintermänner die Verbindlichkeit aus dem Wechsel[4]), auch begründen alle folgenden ächten Indossamente und die Acceptation die persönliche Wechselverbindlichkeit der Aussteller (Nr. 1). Der Bezogene ist nicht berechtigt, dem letzten redlichen Indossatar, wegen der von ihm entdeckten Unechtheit eines frühern Indossaments, die Acceptation oder gar nach der Acception die Zahlung zu verweigern oder zu deponiren, vielmehr kann der Inhaber dieserhalb Protest erheben und an den Trassanten oder die wirklichen Vormänner seinen Regreß nehmen[5]). Ist das letzte Indossament unecht, und zahlt der Bezogene aus grobem Versehen an einen unredlichen Inhaber, so gilt die Zahlung nicht, und er kann nur von dem Fälscher Schädenersatz fordern[6]).

§. 629.

c) Zahlungsleistung.

Die Zahlung kann vor der Verfallzeit weder gefordert noch geleistet werden[1]), der Acceptant ist, wegen des Interesses anderer Wechselberechtigten, selbst mit Einwilligung des Wechselinhabers nicht befugt, früher zu zahlen, ohne Gefahr zu laufen, daß die

---

3) Bender, II, S. 231. — Treitschke, I. S. 420. S. auch das A. L. R. II, 8 §§. 1150–1152.

4) A. W. O. Art. 76. Hierdurch ist der landrechtliche Grundsatz aufgenommen. §. 1156 a. a O. Darin liegt eine erhebliche Abweichung von dem G. R. Gründler Polemik II, S. 290.

5) Schon nach §§. 1153, 1156, 1157 a. a. O. Daher irrig Erelinger rc. S. 290 und 332.

6) Die Echtheit zu prüfen ist er nicht schuldig (Art. 36, Satz 3), daher haftet er nur für Dolus und grobes Versehen.

1) Bender Bd. I, S. 452. — Pöhls, S. 381. — M. Wechselrecht S. 213. Vergl. A. L. R. II, 8, §§. 845, 847, 1084.

Zahlung in Beziehung auf Jene (gegen den Zahlungsnehmer und dessen Gläubiger niemals) ungültig[2]). I. Die Zahlzeit und die Verfallzeit fallen in der Regel zusammen, denn Diskretions- (Respit-, Respekt-) Tage finden nicht mehr statt[3]). Die Verfallzeit tritt ein[4]): a) bei den Wechseln mit einem bestimmten Zahlungstage noch an demselben Tage; b) bei Sicht-Wechseln und zwar auf Sicht bei der Vorzeigung; und nach Sicht mit dem letzten der bestimmten Tage, welche von dem Tage nach der Präsentation an gezählt werden[5]); ist die Frist nach Wochen, Monaten oder einem, mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt, an demjenigen Tage der Zahlwoche, oder des Zahlungsmonats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht; fehlt dieser Tag in dem Zahlungsmonate, so tritt die Verfallzeit an dem letzten Tage des Zahlungsmonats ein. Ein halber Monat gilt für 15 Tage und wird zuletzt gezählt, wenn der Wechsel auf ganze und einen halben Monat lautet. Bei allen Wechseln, deren Verfalltag nach der Vorzeigung berechnet wird, wird von der Präsentation an gezählt, wenngleich das Accept von einem spätern Dato ist (§. 626 Note [5]). c) Bei Meß- und Marktwechseln bestimmen die Ortsgewohnheiten oder Gesetze den Verfalltag, in Ermangelung solcher Bestimmungen wird der Wechsel am Tage vor dem gesetzlichen Schlusse der Messe oder des Markts fällig; bei eintägigen Messen und Märkten aber an diesem Tage selbst[6]

---

2) Z. E. bei verloren gegangenen Wechseln. §. 1161 a. a. O. S. o. §. 627.

3) A. W. O. Art. 30 u. 33. Bei Meßwechseln kommen noch mehrere Zahltage, nach Ortsgesetzen, vor. Art. 35.

4) A. W. O. Art. 30 bis 32.

5) A. W. O. Art. 32, Nr. 1. K. O. v. 22. Mai 1815 (G. S. S. 125). Also nach der Regel, der Tag nach der Präsentation fängt die Zählung mit Eins an. S. o. §. 221.

6) A. W. O. Art. 35. Für Naumburg: V. v. 4. Juni 1819 §§. 25 bis 27; K. O. v. 24. März 1831. Für Breslau: K. O, v. 10. Dezbr. 1840 (G. S. 1841 S. 15). Für Frankfurt: Rev. Meß-Ordn. vom 31. März 1832, §. 7 (G. S. S. 149). — Verlegung oder Wegfall der Messe ändert die im Wechsel beziehlich bestimmte Zeit nicht; denn es ist ebenso als wären die Kalendertage, auf welche die Messe nach der zur Zeit der Wechselausstellung bekannt gemachten Bestimmung fallen sollte, als Verfallzeit bestimmt. Simon Rechtsspr. Bd. I, S. 33. Für den Fall der Verlegung anderer Meinung sind Crelinger und Gräff, S. 111, nach Pöhls und Treitschke. Was aber für den Fall des gänzlichen Ausfalls wahr, ist auch für den der Verlegung Thatsache.

Trifft der Zahltag bei den Wechseln a bis e auf einen Sonn-, oder allgemeine Feiertage, so muß, ohne Unterschied der Religion des Schuldners, der nächste Werktag abgewartet werden [7]). An dem Zahltage selbst kann erst von 9 Uhr Vormittags bis 6 Uhr Abends Zahlung gefordert werden [8]). Der Schuldner ist jedoch bei Meß- und Marktwechseln berechtigt, schon am ersten Zahltage zu zahlen, ohne daß ein Wechselinteressent die Zahlung als zu früh geleistet anfechten kann [9]). II. In Ansehung der Zahlmittel gelten die allgemeinen Grundsätze [10]), nur für Naumburg findet hinsichtlich der Münzsorten eine Ausnahme statt [11]). Zur vollständigen Erfüllung gehört die gleichzeitige Zahlung der seit dem Verfalltage laufenden Verzugszinsen, sowie der bereits entstandenen Kosten, wenn erst nach erhobenem Proteste Zahlung geleistet wird, die dem Acceptanten noch immer freisteht, oder wenn auf genommenen Regreß gezahlt wird [12]). III. Nur an den unverdächtigen Wechselinhaber oder dessen gehörig legitimirte Erben darf gezahlt werden; ist die Legitimation dem Schuldner nicht zweifelsfrei vorgelegt, so kann derselbe auf Kosten der Erben deponiren, ist dazu aber auch auf Verlangen schuldig [13]). Auch Theilzahlung muß der Inhaber des Wechsels in allen Fällen annehmen [14]). IV. Gegen richtige Zahlung muß der Zahlungsnehmer auf dem Wechsel quittiren und hiernächst denselben dem Zahler aushändigen; sind mehrere Exemplare des Wechsels, so müssen Diejenigen, worauf das Accept steht und worauf die ganze Reihe der Indossamente befindlich, ausgeliefert werden, sonst muß der Schuldner deponiren; der Mangel der übrigen Exemplare ist kein gültiger Grund, die

---

7) A. W. O. Art. 92.

8) Art. 92 a. a. O. und Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 4.

9) M. Wechselrecht S. 214. Die mehreren Zahltage gelten für Einen Tag.

10) S. o. §§. 576, 456 u. 457. Bei alternativen Zahlorten wird die unbestimmt gebliebene Münzsorte nach dem Orte der Ausstellung angenommen. A. L. R. II, 8 §. 885. Am Zahlorte nicht umlaufende Münzsorten und Rechnungswährungen werden nach ihrem Werth zur Verfallzeit in der Landesmünze gezahlt. A. W. O. Art. 37.

11) Meßordnung v. 4. Juni 1819 §§. 21, 22 (G. S. S. 144).

12) A. W. O. Art. 50 bis 52.

13) Nach civilrechtlichen Grundsätzen. Die landrechtliche W. O. bestimmte es in den §§. 1137, 1153, 893—895 ausdrücklich.

14) A. W. O. Art. 38. Die Abweichung von dem civilrechtlichen Grundsatze gründet sich im Interesse der übrigen Wechselverbundenen außer dem Inhaber.

Zahlung zurückzuhalten oder ad depositum zu leisten [15]). Der Ehrenzahler hat auch das Recht, aber zur Erhaltung seines Wechselrechts nicht die Pflicht, die Aushändigung des Protestes Mangels Zahlung zu fordern [16]); denn zum Regreß kann er selbst Protest erheben, wenn dazu noch Zeit ist, und zur directen Klage bedarf es dessen nicht. Ist nur eine Theilzahlung geleistet, so genügt die Abschreibung auf dem Wechsel und eine auf eine von dem Wechsel genommene Abschrift gesetzte Quittung ([14]). V. Meldet sich bis zum zweiten Werktage nach der Verfallzeit Niemand bei dem Acceptanten oder beziehlich am sonstwo bestimmten Zahlorte, so ist das ein Depositionsgrund [17]). Die zur Verfallzeit und mit gehöriger Vorsicht in gutem Glauben geleistete Zahlung befreit den Acceptanten gegen den wahren Wechselgläubiger, und begründet ein civilrechtliches Verhältniß zwischen ihm und dem Aussteller oder dessen Kommittenten [18]).

§. 630.

7. Wechselprotest.

Hufeland, Primae lineae de protestat. camb., Jen. 1799; deutsch übersetzt von Zimmerl, Wien 1801. — Lübeck, de protest. in camb. Regiom. 1741. — Riccius Exercit. No X.

Wird von dem Bezogenen oder einem andern Wechselverbundenen die wechselmäßige Verbindlichkeit gar nicht oder nicht vollständig oder unbedingt übernommen, oder wird die übernommene Verbindlichkeit gar nicht oder nicht genügend erfüllt, und beabsichtigt der Wechselgläubiger dieserhalb seinen Regreß an Jemand zu nehmen: so muß er die Weigerung der Genügeleistung und seine eigene Sorgfalt in seiner Bemühung Behufs Einziehung der Forderung, als Erfordernisse des Regreßanspruchs, sogleich unzweifelhaft darthun. Das dazu vorgeschriebene Beweismittel, welches in der Regel durch ein Anderes so wenig ersetzlich ist, daß davon die Annahme der Klage abhängt, ist der Protest, d. i. eine öffentliche Urkunde über die Thatsachen: was der Wechselinhaber auf den Wechselbrief von Jemand verlangt hat und zu welcher Zeit, was Dieser darauf gethan, und daß Jener sich damit unzufrieden erklärt [1]) habe. II. Der Protest ist in allen Fällen nothwendig,

15) Simon, Rechtssprüche Bd. III, S. 19.
16) Art. 63. Vergl. Hamburger Einführungsordnung §. 8.
17) A. W. O. Art. 40. S. o. §. 579.
18) Cropp, Gutachten, S. 90 ff. Darüber läßt sich im Allgemeinen nichts bestimmen.
1) Der Beweis dieses Umstandes ist eine Hauptsache. Darnach hat die Handlung den Namen.

wo in dem Stillschweigen des Wechselgläubigers zu einem der strengen Verbindlichkeit nicht genügend entsprechenden Thun oder Lassen des Bezogenen oder eines angegangenen Wechselverbundenen irgend eine Genehmigung, Nachsicht oder Säumniß liegen würde, namentlich: 1. wenn der Verwahrer des zur Acceptation versandten Wechselduplikats nicht zu treffen ist oder die Herausgabe des Duplikats verweigert; 2. wenn der Bezogene die Annahme des Wechsels nach der Vorschrift verweigert, und der Inhaber Regreß auf Sicherstellung nehmen will, oder der Wechsel nach Sicht lautet; 3. wenn der Acceptant bei einem Sichtwechsel sein Accept nicht datirt; 4. wenn bei einem Domicilwechsel der Domiciliat [2]) im Domicil nicht angetroffen wird, oder nicht zahlt; 5. wenn der Bezogene oder sein Disponent an dem Orte, wo er sonst seine Geschäfte treibt, nicht angetroffen wird, oder nicht zahlt; 6. wenn er bei Meßwechseln die Messe weder selbst noch durch Prokura besucht, oder sich vor Ablauf der üblichen Präsentationsfristen wieder entfernt hat; 7. wenn der Bezogene verstorben ist und im Komtoir oder Sterbehause Niemand sich findet, der zur Annahme befugt und willig ist; 8. wenn die Erben von der Ueberlegungsfrist Gebrauch machen wollen; 9. wenn der Wechselinhaber wegen Unsicherheit des Acceptanten Regreß auf Sicherstellung zu nehmen beabsichtigt und der Acceptant die geforderte Sicherstellung nicht leistet (Sekuritäts-Protest); 10. wenn in diesem Falle die Nothadressen die Annahme verweigern; 11. wenn der Bezogene nur per honor acceptiren will; 12. wenn von der Nothadresse oder dem Bürgen die Annahme verweigert wird; 13. wenn nach der Acceptation noch vor der Verfallzeit dem Inhaber bekannt wird, daß über das Vermögen des Acceptanten Konkurs eröffnet worden; 14. wenn der Acceptant oder dessen Erben gar nicht, oder nicht zur bestimmten Zeit, oder nicht am bestimmten Orte, oder sonst nicht genügende Zahlung leisten, oder wenn der Acceptant oder dessen Erben zur Zahlungszeit nicht anzutreffen, oder beziehlich nicht bekannt oder ungewiß sind, auch kein Faktor vorhanden ist, selbst alsdann, wenn schon Mangels Annahme Protest erhoben worden [2a]); 15. wenn die Nothadresse oder der Bürge in gleicher Weise nicht zahlt;

---

2) Gegen den Acceptanten, wenn dieser keinen Domiciliaten benannt hat, bedarf es der Protesterhebung nicht. Art. 43. Pr. 2240, vom 8. October 1850 (XX, 346).

2a) A. W. O. Art. 41. Nach dem landrechtlichen Regreßsystem war er nicht nothwendig. §. 1073.

16. wenn ein Intervenient, nach der Acceptation, nicht zahlt; 17. wenn der Inhaber Abschlagszahlungen annimmt, wegen des Ueberrestes; 18. wenn nach Erhebung des Protestes der Bezogene noch acceptirt oder der Acceptant noch zahlt, jedoch die Erstattung der Protestkosten verweigert, wegen dieser Kosten; 19. wenn ein Intervenient zu Ehren acceptirt hat, oder zu Ehren zahlen will (Interventions-Protest); 20. wenn ein Intervenient vollständige Ehrenzahlung anbietet und damit von dem Inhaber zurückgewiesen wird[3]). III. Erhoben werden muß der Protest: 1. an dem Orte der Handlung oder Begebenheit, gegen welche protestirt wird[4]); 2. wegen Mangels Zahlung spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage; er darf aber auch schon am Zahlungstage erhoben werden, allemal aber zwischen 9 Uhr Morgens und 6 Uhr Abends[5]); 3. durch eine dazu öffentlich bestellte Person. Zur Protestaufnahme befähigt sind: die Gerichte, die dazu ein Mitglied, oder einen Sekretair, Referendarius, Auskultator, oder einen Aktuarius ohne Protokollführer deputiren können, und die Notarien ohne Zuziehung von Zeugen, im Bezirke des Kölner Appellationsgerichts auch die Gerichtsvollzieher[6]). IV. Der instrumentirende Beamte muß sich zu der Person, gegen deren Handlung oder Erklärung protestirt werden soll, verfügen, ihr den Wechsel vorzeigen und den Zweck davon (Behufs Annahme, Zahlung u. s. w.) kundgeben, ihre Erklärung darüber fordern und gegen die Unwillfährigkeit protestiren. Diesen Hergang bezeugt er, mit Einschaltung einer genauen Abschrift des Wechsels und aller Indossamente, unter seiner Unterschrift und Beidrückung seines Amtssiegels. Wesentliche Erfordernisse des Protestes sind: 1. die wörtliche Aufnahme des Wechsels oder der Kopie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen, auch die etwa durchstrichenen; 2. die Namen oder die Firma der Personen, für welche und gegen welche der Protest erhoben wird; 3. das an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei; 4. die Angabe des Ortes, Kalendertages, Monats und

---

3) Es können noch andere Fälle vorkommen; das Prinzip muß in jedem einzelnen Falle leiten. S. m. Wechselrecht S. 332 ff.

4) A. W. O. Art. 91.

5) Ebd. Art. 41. Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 4. Darnach gereicht die Frist nur zum Vortheile des Wechselinhabers.

6) A. W. O. Art. 87. Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 3.

Jahres, wo diese Aufforderung geschehen oder ohne Erfolg versucht worden ist; 5. im Falle einer Ehrenannahme oder einer Ehrenzahlung die Erwähnung, von wem, für wen und wie sie angeboten und geleistet wird; 6. die Unterschrift des instrumentirenden Notars oder des Gerichtsbeamten, mit Beifügung des Amtssiegels, unter Beobachtung der Vorschriften der Notariatsordnung hierüber; die Unterschrift des Protestaten ist nicht nöthig. Muß gegen Mehrere protestirt werden, so kann über die mehrfache Aufforderung Eine Urkunde ausgefertigt werden [7]). V. Der Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels muß seinen unmittelbaren Vormann von der Nichtzahlung brieflich benachrichtigen; der Brief muß innerhalb zweier Tage nach der Protesterhebung zur Post gegeben werden, worüber ein Postattest vollständigen Beweis giebt; jeder benachrichtigte Vormann muß binnen derselben, vom Empfange der Nachricht laufenden, Frist seinen nächsten Vormann in gleicher Weise benachrichtigen. Wer diese Benachrichtigung unterläßt, wird den sämmtlichen oder den übersprungenen Vormännern wegen des ihnen aus der Unterlassung entstandenen Schadens civilrechtlich verantwortlich und verliert gegen sie den Anspruch auf Zinsen und Kosten, nicht aber den auf die Wechselsumme [8]).

8. Wechselregreßklage.

Dr. Liebe, Ueber die Regreß- oder Entschädigungsklage des Inhabers eines präjudicirten Wechsels; im Jur. Magazin, neue Folge, von Scholz III. rc. Bd. I, H. 2 (Braunschweig 1836) Nr. I.

§. 631.

a) Regreß auf Sicherstellung.

I. Der Wechselinhaber kann vor der Verfallzeit in keinem Falle das Wechselverhältniß auf dem Wege des Regresses auflösen, aber er ist aus zwei Gründen Sicherstellung im Wechselprozesse zu fordern berechtigt, nämlich: wegen nicht erhaltener Annahme, und wegen Unsicherheit des Acceptanten. 1. Wird der rechtzeitig zur Annahme präsentirte Wechsel überhaupt nicht, oder nur unter Einschränkungen, oder nur auf eine geringere Summe angenommen, so sind die Indossanten und der Aussteller wechselmäßig verpflichtet, gegen Aushändigung des Protestes Mangels Annahme Sicherheit dafür zu bestellen, daß die Bezahlung der verschriebenen Wechselsumme oder

7) A. W. O. Art. 88 u. 89. Vergl. Entsch. des Otr. Bd. VIII. S. 368.
8) A. W. O. Art. 45. Wer den Wechsel ohne Ortsbezeichnung weiter indossirt hat, wird bei der Benachrichtigung übergangen. Art. 47.

des nicht angenommenen Betrages sowie die Erstattung der durch die Nichtannahme veranlaßten Kosten am Verfalltage erfolgen werde; doch dürfen sie auch die schuldige Summe auf ihre Kosten deponiren. Der Wechselinhaber ist befugt aber nicht verpflichtet, diesen Regreß sogleich zu nehmen; denn er kann auch ohne Schaden an seinem Rechte die Verfallzeit abwarten und dann nach den Umständen den Regreß Mangels Zahlung nehmen. Nimmt er Regreß auf Sicherstellung, so kann er unter den Verpflichteten wählen, auch von der getroffenen Wahl wieder abgehen und einen Uebersprungenen angehen [1]). Zur Begründung der Regreßklage ist ein rechtzeitig erhobener Protest erforderlich; dieser muß dem Sicherheitsbesteller gegen [2]) Leistung der Sicherheit ausgehändigt werden. Die Sicherheit muß eine genügende (cautio idonea) sein, mithin durch Bürgschaft oder Pfand bestellt werden [3]), woraus dann, wenn daraus Befriedigung gesucht wird, ein Civilanspruch entsteht. Muß die Sicherstellung durch Exekution erzwungen werden, so kommt die Form des Arrestes, sowohl gegen die Person als gegen das Vermögen, zur Anwendung. In dieser Lage bleibt dann die Sache bis zur Zurückgabe der Kaution oder bis zur Verwendung derselben Behufs Befriedigung des Wechselinhabers. 2. Ist ein präsentirter Wechsel ganz oder theilweise angenommen worden, so kann in Betreff der acceptirten Summe vor der Verfallzeit in zwei Fällen Sicherheit gefordert werden: a) wenn der Acceptant in Konkurs verfällt oder auch nur seine Zahlungen einstellt; b) wenn nach Ausstellung des Wechsels eine Realexekution gegen den Acceptanten fruchtlos versucht oder wegen einer Geldzahlung der Schuldarrest verfügt worden ist. Zunächst ist der Acceptant die Sicherheit zu leisten schuldig; wird er dazu vergeblich aufgefordert, so ist Protest (Sicherheits- oder Securitätsprotest) zu erheben; sodann ist der Wechsel den etwa benannten Nothadressen zur Annahme zu präsentiren, und, wenn die Annahme abgelehnt wird, Protest Mangels Annahme zu erheben; und nun kann der Wechselinhaber, in gleicher Weise wie in dem vorigen Falle, von seinen Vormännern, gegen Auslieferung des

---

1) A. W. O. Art. 25 und Art 26, Satz 2.

2) Zug um Zug. Siehe über das Nähere und Zweifelhafte m. Wechselrecht S. 181.

3) A. L. R. I, 14 §§. 183—186. — L. 59 §. 6 D. mandati (XVII, 1); L. 4 §. 8 D. de fideicommissariis (XL, 5).

Protestes, Sicherstellung fordern[4]). II. Die Sicherheit muß zurückgegeben werden, sobald der Grund der Bestellung wegfällt, mithin: 1. im ersten Falle (I, 1), sobald die vollständige Annahme des Wechsels nachträglich erfolgt; 2. in dem zweiten Falle (I, 2), wenn der Acceptant wieder Zahlung leistet; ferner: 3. wenn der Wechsel bezahlt oder durch Verjährung erloschen ist; und außerdem nach positiver Vorschrift: 4. wenn gegen den Regreßpflichtigen, welcher die Sicherheit bestellt hat, binnen Jahresfrist, vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet, auf Zahlung aus dem Wechsel nicht geklagt worden ist[5]).

§. 631a.

b) Regreß Mangels Zahlung.

I. Der Wechselinhaber, welcher zur Verfallzeit keine Zahlung erhält und sich an den Acceptanten nicht halten will oder kann, ist befugt, den Aussteller und die Indossanten wechselmäßig zu belangen. Zur Begründung der Regreßklage ist erforderlich: 1. daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden; 2. daß sowohl diese Präsentation, als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest dargethan wird[1]). Der Protest, nicht aber die gehörige Präsentation, kann im Wechsel oder Indossament erlassen werden; als ein solcher Erlaß gilt die Aufforderung, keinen Protest erheben zu lassen („ohne Protest", „ohne Kosten"); er bewirkt, daß die bloße Behauptung des Regreßklägers gegen denjenigen, welcher den Protest erlassen hat, als wahr gilt und daß dieser Beklagte den Gegenbeweis führen muß, wenn er die gehörige Präsentation bestreitet. Der Wechselinhaber kann, um sich hiergegen zu sichern, dennoch den Protest aufnehmen lassen und den Kostenersatz dafür fordern[2]). Andere Erfordernisse hat die Regreßklage nicht, insbesondere ist dieselbe nicht durch die Benachrichtigung von der Nichtzahlung bedingt;

---

4) Art 29 a. a. O. Ueber die Einzelnheiten und die dabei vorkommenden Bedenken s. m. Wechselrecht S. 193 ff. Es versteht sich, daß auch der Zieher als Wechselinhaber von dem Acceptanten Sicherstellung im Wechselprozesse fordern kann. Pr. v. 6. April 1850 (Entsch. XX, 343).

5) Art. 28 u. 29 a. a. O. Wegen des Erlöschungsgrundes 2 s. m. Wechselrecht S. 196.

1) A. W. O. Art. 41. Auch der Trassant und Indossant für fremde Rechnung haftet in der Regel persönlich.

2) Ebenda Art. 42 Die Formel „ohne Protest," „ohne Kosten," „sans frais," d. h. zurück ohne Kosten, ist alter Gebrauch.

die unterlassene Benachrichtigung macht nur wegen des daraus entstehenden Schadens verantwortlich und nimmt den Anspruch auf Zinsen und Kosten[3]). Die Regreßklage kann gegen mehrere oder alle Wechselverpflichtete zugleich, oder auch nur gegen einen beliebig Ausgewählten angestellt werden (regressus per saltum), ohne daß dadurch der Anspruch gegen die übergangenen Verpflichteten verloren geht[4]). II. Der Regreß-Kläger hat zu fordern: 1. die nicht bezahlte Wechselsumme nebst 6 Prozent jährlicher Zinsen, seit dem Verfalltage; 2. die Protestkosten und andere Auslagen; 3. eine Provision von ⅓ Prozent. Wohnt der Beklagte nicht am Zahlungsorte und bestimmt der Wechsel keinen Kurs, so müssen diese Beträge zu demjenigen Kurse gezahlt werden, welchen ein vom Zahlungsorte auf den Wohnort des Belangten, oder, wenn ein solcher Kurs nicht besteht, zu dem Kurse nach demjenigen Platze, welcher dem Wohnorte des Belangten am nächsten liegt, gezogener Wechsel auf Sicht hat, worüber eine ordentliche Retourrechnung aufzumachen und mit einem unter öffentlicher Autorität bescheinigten Kurszettel, oder dem Atteste eines vereideten Mäklers oder, in deren Ermangelung, zweier Kaufleute zu belegen ist[5]). Der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, kann von einem frühern Indossanten oder dem Aussteller 1. die gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe nebst 6 Prozent Zinsen seit dem Tage der Zahlung; 2. die ihm entstandenen Kosten; 3. eine Provision von ⅓ Prozent, nach denselben Grundsätzen berechnet, fordern[6]). III. Die Regreßklage des Inhabers gegen die Vormänner und den Aussteller verjährt: 1. in 3 Monaten, wenn der Wechsel in Europa, mit Ausnahme von Island und den Faröern, zahlbar war; 2. in 6 Monaten, wenn der Wechsel in den Küstenländern

3) Art. 45 a. a. O. Nach altem R. war der ganze Wechselregreß durch die gehörige Erhebung und pünktliche Versendung des Protestes bedingt.

4) Art. 49 ebd. Hinsichtlich des Forums hat der Kläger die Wahl zwischen dem Zahlungsorte und dem Wohnorte des Beklagten oder Eines von mehreren Beklagten. Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 6. Die direkte Wechselklage kann nicht mit der Regreßklage kumulirt werden. Die Gründe im Wechselrechte S. 237. Auch nach altem Rechte nicht. A. L. R. II, 8, §§. 1122—1125. Das Otr. ist aber anderer Meinung. Pr. 2284, vom 15. April 1851. (Entsch. XX, 544).

5) Art. 50 der A. W. O. Das Prinzip ist das der Kontraktserfüllung, nicht das der vollständigen Entschädigung. Die K. O. vom 16. Mai 1816 (G. S. S. 153) hatte dem Wechselinhaber zwischen Beiden die Wahl gelassen; das A. L. R. war ganz unbestimmt.

6) A. W. O. Art. 51. Der Zahlort ist in diesem Falle der Wohnort des weitern Regredienten zur Zeit der Wechselerklärung.

von Asien und Afrika, längs des mittelländischen Meeres, oder in den dazu gehörigen Inseln dieser Meere, zahlbar war; 3. in 18 Monaten, wenn der Wechsel in einem andern außereuropäischen Lande oder in Island oder den Faröern zahlbar war, und zwar von dem Tage des erhobenen Protestes an gerechnet; die Regreß-Ansprüche des eingelöst habenden Indossanten gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner verjähren in denselben Fristen, und zwar, wenn er vor Anstellung der Klage gegen ihn gezahlt hat, vom Tage der Zahlung, in allen übrigen Fällen aber vom Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage [7]. Die Verjährung wird unterbrochen nur durch Behändigung der Klage, sowie durch Behändigung der Litisdenunciation, jedoch nur in Beziehung auf Denjenigen, gegen welchen die Klage oder die Litisdenunciation gerichtet ist [8]; andere civilrechtliche Unterbrechungen gelten, wegen der formellen Natur des Wechsels, nicht, namentlich unterbricht das Moratorium, auch das Generalmoratorium, die Verjährung nicht mehr [9]. Ist der Wechselanspruch verjährt oder durch Versäumung erloschen (präjudicirt), so findet gegen die Indossanten gar kein Civil-Anspruch mehr, und gegen den Aussteller nur noch der Anspruch wegen Bereicherung statt [10]. IV. Gegen die Klage finden nur solche Einreden statt, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, d. h. solche, die in der rechtlichen Natur des Wechsels ihren Grund haben und entweder die Erfordernisse desselben und der wechselrechtlichen Handlungen, oder die durch Begebung, Indossirung, Acceptation, Einlösung des Papiers, und durch den Rücklauf des Wechsels in Ansehung der einzelnen Wechselverbundenen entstehenden wechselrechtlichen Wirkungen betreffen, — oder dem Beklagten unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen [11], wozu insbesondere die exceptio doli gehört. Der Einwand nicht empfangener Valuta, der Simulation [11a], einer civilrechtlichen Tilgung der Schuld &c. sind

---

7) Art. 78 u. 79 ebd. Diese Vorschriften sind dem franz. R. nachgebildet. Code de Commerce Art. 166.

8) Art. 80. Die landrechtliche Gesetzgebung hierüber war verwickelt. Die Klageanmeldung unterbricht nicht mehr.

9) Die Vorschrift der A. G. O. I, 47, §§. 66 u. 97 Nr. 9 muß als durch den Art. 80 aufgehoben angesehen werden.

10) A. W. O. Art. 83. M. Aufsatz zum Art. 83, in Siebenhaar Archiv des deutschen Wechselrechts, Bd. II, S. 32 ff.

11) A. W. O. Art. 82. Das Nähere darüber s. im Wechselrecht, S. 309 ff.

11a) Auch das Otr. meint dies. Pr. 2284 b, v. 15. April 1851 (XX, 544).

keine wechselrechtlichen Einreden; ob sie dem Kläger für seine Person entgegen gesetzt werden können, hängt von den Umständen und den persönlichen Beziehungen ab[11b]). V. Zur Beweisführung sind in dem Wechselverfahren nur Urkunden, Eideszuschiebung und Produktion schon zur Stelle gebrachter Zeugen zulässig. Mitgebrachte Zeugenaussagen haben nur dann Beweiskraft, wenn das Verhör mit Zuziehung der Gegenpartei abgehalten worden ist. Vergleichung der Handschriften ist gestattet gegen den Beklagten, nur wenn er mehrere Worte oder Zeilen seiner Unterschrift eigenhändig beigefügt hat; gegen seine Erben schon, doch nur zur Unterstützung anderer Beweise, wenn der Erblasser außer seinem Vor- und Zunamen auch seinen Charakter oder Wohnort beigesetzt hat[12]). Die eidliche Diffession eines von einem vereideten Mäkler attestirten Wechsels ist unzulässig[13]). Fehlt es dem Beklagten an diesen Beweismitteln, so berechtigen doch die gegen die Klage an sich zulässigen Einwendungen, wenn sie zur Begründung eines Arrestgesuchs geeignet sind, bis zum Austrage der Sache im ordentlichen Prozesse, zu deponiren, wenn der Kläger nicht genügende Kaution bestellt[14]).

§. 632.

9. Rückwechsel.

Statt der Regreßklage kann der Wechselinhaber sich durch Ziehung eines Rückwechsels auf den Regreßpflichtigen bezahlt machen, indem er auf den Betrag der Summe, die ihm von dem Bezogenen am Zahlungsorte hätte gezahlt werden sollen (§. 361b, Nr. II), welcher noch die Mäklergebühren für Negoziirung des Rückwechsels und die Stempelgebühren hinzutreten, eine Tratte ausstellt und verhandelt[1]). Dabei entscheidet, nach allgemeinen Grundsätzen, der Kurs des Tages, an welchem der Rückwechsel, ohne verschuldete Zögerung des Gläubigers, begeben wird[2]); denn

---

11b) Es ist z. B. ein dem bekl. Acceptanten gegen den kl. Aussteller unmittelbar zustehender, im Wechselprozesse zulässiger Einwand, daß er nur unter dem Versprechen des Ziehers, daß er vor Verfall Deckung erhalten solle, acceptirt. Pr. 2282, v. 10. April 1850 (XX, 358). Exceptio doli.

12) Einführungsgesetz v. 15. Februar 1850 §. 7. — A. G. O. I, 10, §. 149b. — Entsch. des Otr. Bd. VII, S. 34.

13) A. L. R. II, 8, §. 1378.

14) A. G. O. I, 27, §. 51. Die Verhandlungen über solche Einwendungen müssen in einem Separato sogleich fortgesetzt werden. §§. 52—54 a. a. O.

1) A. W. O. Art. 53. — Treitschke, Encyklopädie, II, S. 417.

2) Ueber den Tag des Kurses ist man nicht einverstanden; Einige wollen

der Retourwechsel muß soviel einbringen, daß der Wechselgläubiger vollständig befriedigt wird; derselbe darf daher auf den Belauf einer solchen Summe gezogen werden, als zur Bezahlung erforderlich. Der Gläubiger muß dabei wie ein guter Geschäftsbesorger verfahren, und deshalb verlangt man, zur Vermeidung unnöthiger Kostenhäufung, daß der Wechsel unmittelbar (a drittura) auf den Wohnort des Bezogenen gestellt werde [3]). Den Rückwechsel muß die bescheinigte und quittirte Retourrechnung (§. 631b, II.), der Wechsel und der Protest Mangels Zahlung begleiten, denn nur gegen Auslieferung dieser Schriftstücke ist der Regreßpflichtige Zahlung zu leisten verbunden [4]). Ist der Bezogene des Rückwechsels ein Indossant, so ist er befugt, auf den Betrag der von ihm bezahlten Summe, mit Hinzurechnung seiner eigenen Kosten, Zinsen, Provision und Mäklergebühren, wieder einen Rückwechsel auf einen seiner Vormänner zu ziehen, bis der Regreß zuletzt auf den Aussteller kommt, der die Rückwechselunkosten aller Zwischenmänner tragen muß [5]). Der Remittent bei dem Rückwechsel erhält durch Nehmung desselben die Rechte des Ausstellers gegen den Trassanten des protestirten Wechsels, so wie gegen die übrigen Vormänner des Rückwechselziehers, und darf auch den Rückwechsel indossiren; außerdem erwirbt er gegen den Aussteller des Rückwechsels die gewöhnlichen Wechselrechte des Remittenten gegen den Trassanten.

§. 633.

C. Verhältniß zwischen Remittenten und Trassaten.

Vor der Acceptation besteht zwischen dem Wechselinhaber und dem Bezogenen gar kein Verhältniß, der Inhaber hat kein Recht gegen den Bezogenen, die Acceptation zu fordern [1]). Hat er accep-

---

den Kurs des Zahltages. Das A. L. R. und auch die A. W. O. hat keine besondere Bestimmung.

3) A. W. O. Art. 53, Satz 3. — Bender, Grundsätze II, S. 180. —

4) Ebenda Art. 54. Rückwechsel werden, um die Mäklergebühren zu gewinnen, bisweilen zum Schein gezogen; der Rückwechselzieher muß deshalb die Wahrheit der Begebung durch einen Mäkler beweisen, wenn solche bestritten wird.

5) Darüber sind nicht alle Wechselrechte gleichlautend. Für das Pr. R. bestimmt dies die Dekl. vom 16. Mai 1816 a. E.

1) Nur Dem gegenüber, welchem der Bezogene die Acceptation voraus versprochen hat, ist er dazu verbunden. Hat der Wechselinhaber ein solches Versprechen erhalten, so begründet dieses eine Civil-Klage.

tirt, so ist damit eine selbstständige Wechselschuld desselben gegen den Inhaber begründet (§. 626). I. Die Art und der Umfang der Schuld bestimmt sich nach dem Inhalte des Accepts. Lautet die Annahme unbedingt, so muß der Acceptant ohne Einrede die verschriebene Summe am Zahltage zahlen (§. 629). Sind Bedingungen oder Einschränkungen beigefügt[2]), so wird dadurch die Wechselverbindlichkeit des Acceptanten begrenzt und der Inhaber kann von ihm nicht mehr fordern. Es steht aber, mit Ausnahme der auf eine geringere Summe beschränkten Annahme, die der Inhaber sich gefallen lassen muß, bei ihm: ob er eine dergleichen Verbindlichmachung annehmen, oder ob er sie ganz zurückweisen und Regreß nehmen will[3]). Wählt er das Erste, so trifft ihn deshalb kein Vorwurf, er ist auch verpflichtet, eine Theilzahlung anzunehmen[4]). II. Der Acceptant kann nur durch gehörige Zahlung frei werden; weder einseitiger Rücktritt aus irgend einem besondern Grunde ist möglich[5]), noch ein Kontremandat, d. i. die Aufforderung des Trassanten oder eines Indossanten, nicht zu acceptiren oder nicht zu zahlen[6]), hebt die Wechselverbindlichkeit auf[7]). III. Der Wechselinhaber hat gegen den Acceptanten die direkte Wechselklage, welche 1. nach Verlauf des Zahltages auf vollständige Leistung (§. 629), und 2. schon vor der Verfallzeit, wenn Zahlungsunfähigkeit des Acceptanten eintritt, auf Sicherheitsbestellung geht (§. 631), und, wie sich versteht, wegen beider Ansprüche wechselrechtlich geltend gemacht werden kann[8]). IV. Die direkte Wechselklage verjährt binnen drei Jahren vom Verfall-

---

2) Manche Wechselrechte erklären die Bedingungen für nicht beigefügt, Andere erklären die bedingte Annahme für nichtig.

3) A. W. O. Art. 22. Ueber das frühere Recht: **Breuning, de protestatione contra acceptationem conditionalem. Lips. 1764.** — Treitschke, Encyklopädie, I, S. 90, 96.

4) A. W. O. Art. 38. Nach einigen Wechselrechten mußte sie schon früher angenommen werden, aus Rücksicht auf das Interesse der Vormänner.

5) Ebend. Art. 21, Satz 4. Vernichtung des Accepts wider den Willen des Präsentanten hebt die Verbindlichkeit nicht auf. S. oben §. 626, III.

6) Bender, Grundsätze, I, S. 317. — Treitschke, a. a. O. I, S. 300.

7) Es macht keinen Unterschied, ob der Wechsel auf Ordre lautet oder nicht. Die A. W. O. schweigt über die Contreordre, nach ihren Grundsätzen aber ist sie unzulässig. M. Wechselrecht, S. 168.

8) A. W. O. Art. 29. War früher hinsichtlich des Anspruchs auf Sicherheitsbestellung streitig. Pr. des Ober-Trib. 1844, vom 12. März 1844 (Entsch. Bd. XIV, S. 455). Auch der Wechselzieher hat als Wechselinhaber dieses Recht. Pr. v. 6. April 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 343).

tage des Wechsels angerechnet[9]). Dabei gelten nur die Besonderheiten: daß nicht durch ausdrückliche Abschlagszahlungen, oder durch Anerkenntniß der Schuld, oder durch Fristbewilligung, außer der Form einer Prolongation, nicht durch Anmeldung der Wechselklage, auch nicht durch Liquidation im Konkurse, oder durch ein Moratorium, sondern nur durch die wirkliche Insinuation der Wechselklage und auch nur in Beziehung auf den, gegen welchen die Klage gerichtet ist, also nicht auch gegen die Correalschuldner die Verjährung unterbrochen wird (§. 631a, III). Die Prolongation unterbricht nicht sowohl die Verjährung als sie vielmehr den Anfang derselben verschiebt, indem sie die Zahlungszeit verlängert. Bei Tratten ist sie mit rechtlicher Wirkung nur unter Zustimmung aller Wechselverbundenen möglich, sonst verliert der Inhaber, der sie zuläßt, den Regreß; daher ist sie hier ungebräuchlich. Sie muß durch einen auf den Wechsel oder eine Abschrift desselben gesetzten, von dem Schuldner unterschriebenen Vermerk vollzogen werden; von Seiten des Inhabers genügt stillschweigende Einwilligung; ein von demselben allein, und nicht auch von dem Schuldner unterschriebenen Prolongationsvermerk, ist wirkungslos. Ist die Prolongationszeit nicht ausgedrückt, so wird sie auf so lange als der Wechsel laufen oder die vorige Prolongationszeit dauern sollte, von dem zuletzt bestimmten Verfalltage an gerechnet, angenommen, mag sie vor oder nach diesem Tage geschehen sein; sie muß aber nothwendig vor Ablauf der Verjährung stattgefunden haben. Sind mehrere Wechselverpflichtete vorhanden, so wirkt die Prolongation in Beziehung auf Diejenigen, welche nicht mit unterzeichnet haben, nicht[10]). Ein verjährter Wechsel gestattet auch gegen den Acceptanten keinen andern Anspruch weiter als den aus der Bereicherung (§. 631a, Note 10). V. Hinsichtlich der zulässigen Einwendungen gilt auch hier das vorhin (§. 631a, IV.) Vorgetragene.

---

9) Art. 77 a. a. O. Auf Kündigung kann ein Wechsel nicht mehr lauten. Art. 4, Nr. 4; Art. 96, Nr. 4. Pr. 2259, vom 19. December 1850 (Entsch. XX, 540).

10) Die A. W. O. schweigt über die Prolongation. S. darüber m. Wechselrecht, S. 206 ff.

§. 634.

D. Verhältniß zwischen Trassanten und Trassaten.

Gelpke, Ueber das Rechtsverhältniß zwischen dem Aussteller eines gezogenen Wechsels und dem Bezogenen; in der Jur. Wochenschrift, 1843, Sp. 545 flg.

I. Der Bezogene ist, außer dem Falle eines besondern Versprechens [1]), auch dem Aussteller gegenüber, nicht schuldig zu acceptiren, selbst wenn er Deckung hat oder dessen Schuldner ist [2]), daher er ihm auch zu keiner Art von Entschädigung für die ihn in Folge der versagten Acceptation treffenden Nachtheile verhaftet ist [3]). Dieses gilt selbst im Falle eines dem Aussteller gegebenen Versprechens, wenn hinterdrein der Aussteller in Vermögensverfall kommt oder gar fallirt [4]). II. Aus der Acceptation haftet der Bezogene auch dem Aussteller wechselmäßig [5]). Er kann daher den durch Giro an ihn gelangten Wechsel, gleich jedem anderen Inhaber von neuem weiter giriren [6]). III. Zahlt der Acceptant in der Absicht, den Aussteller zu verbinden: so hat er an ihn eine Forderung auf Schadloshaltung, nach Beschaffenheit des zwischen ihnen bestehenden Rechtsgeschäfts, daher er sich an ihn nicht halten kann, wenn er wußte, daß Jener im Auftrage eines Dritten trassirte; Wechselrecht erwirbt er außer dem Falle der Annahme per honor nicht [7]). Auf die angewiesene Deckung (Provision) hat er schon durch die Acceptation ein Recht erworben [8]). Hat er ohne Deckung bloß in Folge Auftrags acceptirt, so kann er von dem Aussteller auch noch vor geleisteter Zahlung Befreiung von der durch das Accept gegen den Wechselinhaber

---

1) Scherer, Handbuch, Th. I, S. 58.

2) Von Assignationen, welche in diesem Falle acceptirt werden müssen (I, 16, §§. 256, 257), darf kein Schluß auf Wechsel gemacht werden, weil durch die Wechselacceptation eine eigene selbstständige Wechselschuld übernommen wird.

3) Manche Wechselrechte verpflichten im Falle der Deckung zur Acceptation oder zur Entschädigung. Zeitschr. für ausländische Rechtswissenschaft, IX, S. 65.

4) I, 11, §. 657. — Heise und Cropp, Abhandl. Bd. II, S. 398.

5) A. W. O. Art. 23. Nach früherem Rechte nicht. A. L. R. II, 8, §§. 1134—1136. Vergl. o. die Note 11b zu §. 631a, S. 369.

6) War nach früherem Rechte nicht zuläſſig. Pl. Beschl. des Ober-Trib. vom 26. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 71).

7) Art. 23, Satz 3. Vergl. A. L. R. a. a. O. §§. 1004—1006.

8) §§. 1105 das. — **Asser, de pecunia quae provisionis nomine camb. debit. solutioni destinata. Amstelod. 1834.**

übernommenen Verbindlichkeit, und eventuell Deckung verlangen[9]). Die der Schadloshaltungsklage des Bezogenen, von Seiten des beklagten Ausstellers, entgegengesetzte Behauptung, daß und wie weit der Kläger Deckung habe, muß der Aussteller beweisen[10]).

§. 635.

E. Ausdehnung des Wechselrechts.

Der Vortheil der Wechselbriefe für den Kredit und Geldverkehr veranlaßte die Anwendung der Form derselben auch auf andere Geldobligationen, namentlich aus Darlehnen, anfänglich unter Kaufleuten, später allgemeiner; und die Gerichtspraxis, in der Folge von Partikulargesetzgebungen bestätigt, dehnte darauf mit der Zeit die Vorrechte und Strenge des Wechselrechts aus. Am vollständigsten ist diese Ausdehnung bei den eigenen oder trockenen Wechseln, weniger vollkommen bei den s. g. Handelsbillets, kaufmännischen Assignationen, und am unvollkommensten bei den wechselförmlichen Schuldscheinen nicht wechselfähiger Personen. A. Eigene oder trockene[1]) Wechsel sind solche, worin der Aussteller sich selbst die Zahlung aufgiebt (§. 618). I. Sie unterscheiden sich von eigentlichen Wechseln nicht mehr, wie früher, darin, daß sie nur als privilegirte Schuldscheine (§. 615), die nicht bloß an sich, vermöge ihrer Form, eine Verbindlichkeit begründen, angesehen werden, vielmehr stehen sie, nach neuem Rechte, den trassirten Wechseln wesentlich gleich. Man unterscheidet unter den eigenen Wechseln: 1. domiciliirte, welche am Verfalltage im Domicil zur Zahlung vorgezeigt und Mangels Zahlung, oder wenn der Domiciliat nicht anzutreffen ist, protestirt werden müssen; widrigenfalls das Wechselrecht gegen den Aussteller und die Indossanten verloren geht[2]); 2. trassirteigene, welche durchaus als Tratten gelten und behandelt werden (§. 618, I, 1); 3. gewöhnliche trockene Wechsel, welche keiner Protestation Mangels Zah-

9) I, 13, §§. 70, 82. Pr. des Ober-Trib. 1912, vom 6. Septbr. 1847 (Entsch. XV, 354). Daraus entspringt ihm eine Exception gegen die Wechselklage des Ziehers. Vergl. Note 11b zu §. 631a, S. 369.

10) War streitig. S. Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 21. Mai 1846 (Just. Min. Bl. 1846, S. 171 und Entsch. Bd. XIII, S. 75).

1) Ueber den Namen und dessen Entstehung ist Streit. Martens, Versuch einer Entwickelung des Wechselrechts, §. 13. — Treitschke, Encyklop. I, S. 368.

2) A. W. O. Art. 99. Ist kein Domiciliat benannt, so muß der Aussteller selbst im Domicil aufgesucht werden. Gegen ihn bedarf es, wenn er nicht getroffen wird, keines Protestes. Art. 43. Vergl. Pr. 2240, v. 8. Oct. 1850 (XX, 346).

lung bedürfen [3]), aber jedenfalls zur Zahlung präsentirt werden müssen, bevor die Klage begründet ist. II. Die wesentlichen Erfordernisse eines eigenen (trockenen) Wechsels sind: 1. die Bezeichnung als Wechsel im Texte; 2. die Angabe der zu zahlenden Geldsumme; 3. der Name der Person oder der Firma, an welche oder an deren Ordre der Aussteller zahlen will; 4. die Bestimmung der Zahlzeit, ganz wie bei trassirten Wechseln, daher Kündigung keine zulässige Bestimmungsart ist; 5. Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma; 6. Ort, Monatstag und Jahr der Ausstellung [4]). III. Für eigene Wechsel gelten die für gezogene Wechsel gegebenen Vorschriften so weit, als sie nach Beschaffenheit der eigenen Wechsel auf sie angewendet werden können; insbesondere gelten für dieselben: 1. die Bestimmungen über die Abweichungen in der Wechselsumme, wenn diese mehrmals im Wechsel ausgedrückt ist; 2. der Grundsatz, daß wenn die Schrift wegen eines Formmangels kein Wechsel ist, auch aus den darauf gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) kein Wechselrecht entsteht; 3. die Bestimmungen über das Indossament; 4. die Vorschriften über die Präsentation der auf eine Zeit nach Sicht lautenden Wechsel mit der Maßgabe, daß die Präsentation hier dem Aussteller geschehen muß; 5. die Vorschrift über den Sicherheitsregreß wegen Unsicherheit des Acceptanten mit der Maßgabe, daß derselbe im Falle der Unsicherheit des Ausstellers stattfindet; 6. die Vorschriften über die Zahlung und die Befugniß zur Deposition der fälligen Wechselsumme mit der Maßgabe, daß Letztere durch den Aussteller geschehen kann. Ferner die Vorschriften 7. über den Regreß Mangels Zahlung gegen die Indossanten; 8. über die Ehrenzahlung; 9. über die Kopien; 10. über abhanden gekommene und falsche Wechsel mit der Maßgabe, daß es hier der Aussteller ist, der nach Einleitung des Amortisationsverfahrens die Zahlung zu leisten hat; 11. über die allgemeinen Grundsätze der Wechselverjährung, die Verjährung der Regreßansprüche gegen die Indossanten, das Klagrecht des Wechselgläubigers, die ausländischen Wechselgesetze, den Protest, den Ort und die Zeit für die Präsentation und andere im Wechsel-

---

3) Art. 44 a. a. O. An Stelle des Acceptanten tritt bei trockenen Wechseln der Aussteller.

4) Art. 96 a. a. O. Der Ort der Ausstellung gilt, wenn kein besonderes Domicil angegeben ist, als Zahlort. Art. 97.

verkehr vorkommende Handlungen, sowie über mangelhafte Unterschriften [5]); endlich 12. verjährt der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller in drei Jahren vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet und es bleibt nur der Anspruch aus der Bereicherung übrig [6]). B. **Handelsbillets** waren Schuldscheine von Wechsel- und Waaren-Kaufleuten (§. 404) über nicht bezahltes Kaufgeld für erkaufte Waaren. Dieses Kreditpapier und die **kaufmännischen Anweisungen** sind abgeschafft [7]). C. Schuldscheine nicht wechselfähiger Personen, in Wechselform ausgestellt, begründen binnen einem Jahre nach dem Verfalltage den abgekürzten Prozeß und das Vorrecht der sechsten Klasse im Konkurse des Ausstellers (§. 499 Note 29); sie haben jedoch bei der ganz veränderten Gesetzgebung über das Wechselrecht ihre Bedeutung verloren, und sind als abgeschafft anzusehen, da, wenn der Aussteller vertragsfähig war, die Schrift ein Wechsel ist. Mit andern Instrumenten oder Verträgen kann durch die ihnen einverleibte Wechselklausel kein derartiges Recht verbunden werden [8]).

V. Die Fälle der condictio sine causa.

§. 636.

1. Das Allgemeine.

I. Die **Kondiktion** ist eine der Vindikationsklage analoge persönliche Klage auf Herausgabe oder Erstattung einer bestimmten Sache*) oder einer Menge vertretbarer Sachen, die wegen Mangels der Unterscheidbarkeit, oder überhaupt aus irgend einem Grunde nicht vindizirt werden können. 1. Die Grundlage ist irgend eine schätzbare Leistung wegen eines Rechtszwecks (causa), welcher nicht eingetreten, oder wieder weggefallen, oder gar nicht

---

5) Art. 98 a. a. O. Hierdurch ist der trockene Wechsel dem gezogenen wesentlich gleichgestellt, auch hinsichtlich der Wirkung des Präjudizes und der Verjährung.

6) Art. 99 und Art. 98, Nr. 10 a. a. O.

7) Einführungs-Gesetz vom 15. Februar 1850, §. 9.

8) Anders nach manchen andern Ortsrechten. **Neubert**, de clausula cambial. Lips. 1821. — **Rivinus**, de clausula camb.; in **Besecke**, Thes. p. 275.

*) L. 15 pr. D. de cond. ind. (XII, 6). Pr. des Ober-Trib. 831 a, v. 29. Februar und 21. März 1840: nicht bloß Geld oder geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende Papiere, sondern auch **Sachen** können mit der condictio indebiti, sofern deren gesetzliche Erfordernisse vorhanden sind, zurückgefordert werden. (Entsch. Bd. VI, S. 8.)

vorhanden gewesen ist. Nur die condictio furtiva beruhet auf andern Gründen und ist überhaupt anomal. Gegenstand der Leistung können auch fungible Handlungen sein. Der Rechtszweck als Anlaß der Leistung kann gedacht werden entweder als künftig (ob causam futuram), oder als vergangen (ob causam praeteritam), oder als gegenwärtig (ob causam praesentem). Es kann ebenso animo obligandi als animo solvendi gegeben oder geleistet werden, denn auch in dem ersten Falle ist der animus solvendi sehr wohl denkbar, nämlich in der Voraussetzung, daß die Obligation, auf welche voraus gezahlt wird, noch entstehen soll, z. B. in der Voraussetzung, daß der Geber mit einem Legate für den Empfänger onerirt werden wird. Trifft die Voraussetzung nicht zu, so kann das solchergestalt bedingt Gegebene condictione causa data causa non secuta zurückgefordert werden. In dem zweiten Falle wird eine Obligation als vorhanden gedacht; diese kann wirklich da sein, doch später, ihrem Grunde nach, wieder wegfallen**); sie kann aber auch nur scheinbar sein: für beide Fälle ist die condictio sine causa gegeben; endlich kann sie ganz in der irrigen Vorstellung des Gebers beruhen: dann heißt die Klage condictio indebiti. Unter die dritte Klasse gehören die Fälle, wo das vom Geber beabsichtigte Geschäft, wegen Mangels des Konsenses, deshalb nicht zu Stande kommt, weil der Empfänger aus Irrthum etwas Anderes im Sinne hatte, oder weil der Geber mit einer ganz andern Person zu thun zu haben glaubte (s. o. §. 614 a. a. E.); so wie die Fälle, wo der Geber gar keine bestimmte Absicht, oder die Absicht zu schenken hatte. In diesen beiden Fällen kann nach Rechtsgrundsätzen nie eine Kondiktion zustehen; nur positive Vorschriften machen Ausnahmen, wie bei dem Widerrufe von Schenkungen. Ein Fall wird, ohne Rücksicht auf den Unterschied der verschiedenen Absichten und der Zeit der Ursache, nach eigenthümlichen Regeln behandelt, nämlich wenn das Geben oder Leisten eine rechtlich oder sittlich unerlaubte Beziehung hat: hier hat die condictio den Beisatz: ob turpem causam. 2. Die allgemeinen Erfordernisse sind nach Analogie der Eigenthumsklage: a) in der Person des Klägers ein Vermögensinteresse an dem ursprünglich geleisteten Gegenstande, b) in

---

**) Ein Beispiel ist, wenn ein Kaufgeschäft, auf welches der Käufer schon Zahlung geleistet hat, vor der Uebergabe wieder aufgehoben wird. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIV, S. 198.

der Person des Beklagten Haben des Gegenstandes oder des daraus erwachsenen Vermögensvortheils. 3. Gegenstand der Forderung ist, wie bei den dinglichen Klagen, nur der Gegenstand der Leistung und zwar wenn er nicht mehr vorhanden oder nicht zu unterscheiden ist, in genere [1]) oder dessen Werth, nebst den daraus erwachsenen Früchten und Zuwüchsen [1a]); künstliche Erweiterungen gehören nach der Natur des Klagerechts nicht zum Inhalte, daher ursprünglich keine Verzugszinsen gefordert werden konnten. Hierin hat das Recht durch die von der Gesetzgebung bestätigte gemeinrechtliche Praxis eine Umbildung erfahren (§. 615 I), so daß alle Kondiktionen, auch in Beziehung auf die prozessualische Geltendmachung, wie bonae fidei judicia behandelt werden [1b]). II. Das Rechtsinstitut der Kondiktionen findet sich in seinen allgemeinen Grundsätzen und auch in einzelnen Anwendungen im Pr. R. wieder, wenngleich dasselbe nicht in dem hier vorgeführten Zusammenhange aufgefaßt und dargestellt worden ist. Denn das Prinzip und die Voraussetzungen davon sind ausdrücklich dahin anerkannt, daß Dasjenige, was Jemand aus dem Vermögen eines Andern in einer bestimmten Absicht erhalten hat, entweder in Natur oder seinem Werthe nach, soweit es in dem Vermögen des Empfängers noch vorhanden [2]), zurückgegeben werden muß, wenn der Rechtsgrund wegfällt, oder irrig vorausgesetzt wurde, oder die Voraussetzung nicht zutrifft [3]). 1. Auch fungible Handlungen oder Unterlassungen sind als Gegenstand der Kon-

---

1) Daß auch Sachen in genere kondizirt werden können, darüber s. Entsch. des Ober-Trib. Bd. VI, S. 8.

1a) L. 7, L. 15 pr. D. de condictione indebiti (XII, 6).

1b) Ausführlicher über den Gegenstand: Recht der Forderungen, §. 258.

2) I, 13, §§. 262—264. Eine unwissenschaftliche Praxis spricht hier gewöhnlich von der in rem versio, was keinen sachlichen Sinn hat. S. oben §. 573.

3) §§. 277—290 a. a. O. — Daß der Ausdruck unklar ist, liegt darin, daß das Institut nicht als Ganzes aufgefaßt ist. Es ist Sache der Wissenschaft, den Zusammenhang zu finden. Der §. 278 bezieht sich auf den Fall, wo die Voraussetzung nicht zutrifft (causa non secuta, datum ob causam sc. futuram); der §. 279 bezieht sich 1. darauf, wo der Geber arglistig veranlaßt worden ist, animo obligandi zu leisten, L. 20 pr. D. de dolo malo (IV, 3); 2. darauf, wo er durch täuschende Vorspiegelungen vermocht worden ist zu schenken, I, 4, §§. 148, 150, welcher Fall nach R. R. keine Kondiktion zuläßt, L 35, §. 2 D. de mort. c. donat. (XXXIX, 5); L. 65, §. 2 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 82 D. de reg. jur.; 3. darauf, wo auf eine betrüglich veranlaßte und darum

diktion anerkannt[4]); es wird aber unterschieden: ob, außer dem Falle des irrthümlichen animus solvendi, der der Leistung zum Grunde liegende Irrthum oder Mangel der Voraussetzung sich auf den Beweggrund, oder auf die Person des Empfängers bezieht. In dem zweiten Falle ist die Kondiktion immer zuläßig, in dem Ersten nur dann, wenn der Empfänger wußte, daß ihm diese Leistung nicht zustand[5]). 2. Außer dem Gegenstande der Leistung beziehlich deren Werth, soweit er noch vorhanden, gehören auch noch Zinsen zum Inhalte der Forderung, und zwar a) Verzugszinsen, welche im Falle des unredlichen Empfanges vom Tage der Leistung, sonst aber, wie bei dem redlichen Besitzer, erst vom Tage der insinuirten Klage, gegen den Fiskus von der im Urtel festgesetzten Zahlfrist anfangen[6]); b) Zinsen, welche der Empfänger als Früchte von dem Gegebenen, z. E. von zinstragenden Geldpapieren, erhoben hat, bei unredlichem Besitze Alle, bei stattgefundener Redlichkeit nur soweit als der Empfänger dadurch noch wirklich reicher ist[7]).

2. Condictio indebiti.

A. L. R. I, 16, §§. 166—199. — Duesberg, über die Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung; in Simon's Zeitschrift, Bd. I, S. 256 ff.

---

ungültige Verbindlichkeit animo solvendi geleistet worden ist. I, 4, §§. 84—86, L. 2, §. 3 D. de donat. (XXXIX, 6); L. 36 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 1, §. 5 D. de dolo malo (IV, 3); L. 7 D. ob turp. caus. (XII, 5); L. 26, §. 3 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 5, 10 C. de rescind. vend.

4) I, 11, §. 879; I, 16, §. 196; I, 5, §§. 364, 365, verb. mit I, 16, §. 199. An was bei I, 16, §. 197 gedacht worden, ist unklar. S. darüber Recht der Ford. §. 258, Bd. III, S. 310.

5) Dieses folgt aus der Bestimmung I, 16, §. 199. Die Unterscheidung ist weder praktisch noch geschichtlich.

6) I, 16, §§. 194, 195. Ist die Leyser'sche Meinung. Leyser, Med. ad Pand., sp. 147, m. 4; sp. 148, m. 10. Vergl. Stryck, Us. mod. XII, 16, §§. 2, 16. — Pr. des Otr. 898, (Pl.-Beschl.) vom 24. August 1840 verb. mit 2258, v. 22. Oct. 1850. (Entsch. Bd. V, S. 283 u. XX, 539.) Das jüngere Pr. 1799 (auch Pl.-Beschl.) vom 20. November 1846, bezüglich auf die Unredlichkeit, sagt: „Wer einem Andern die Zahlung einer Geldsumme widerrechtlich, d. h. ohne einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Zahlung zu haben, abnöthigt, muß dieselbe mit den höchsten erlaubten Zinsen vom Tage des Empfanges an, erstatten, sollte er sich auch in Ansehung seines Rechts auf die Forderung in einem Irrthume befunden haben." In dem letzten Falle würde der Empfänger nicht ein unredlicher, sondern ein unrechtfertiger Besitzer geworden sein, und deshalb verstößt dieser Pl.-Beschl. gegen den Satz des §. 232, Tit. 7, Th. I, A. L. R., es müßte denn eine in der Form widerrechtliche Abnöthigung stattgefunden haben, wo die Klage nicht eine condictio ist.

7) I, 16, §§. 189, 190, verb. mit I, 5, §§. 366—368. Ebenfalls nach Leyser, sp. 148, m. 10. Unrichtig sehen manche gemeinrechtliche Civilisten darauf: ob der Empfänger mit dem Empfangenen eine Zinsobligation erworben habe.

— Schweikart, die condictio indebiti, insbesondere die Auslegung von A. L. R. I, 16, §§. 180, 185—188, 176 und 184; in Bobrik's Zeitschrift, Bd. I, S. 141 ff. — Geyert, über die condictio indebiti; in Hinschius, jur. Wochenschrift, 1836, S. 213 ff.

§. 637.

a) Erfordernisse.

Die Zahlung einer irrthümlich vermeinten Schuld begründet die Forderung auf Zurückzahlung, welche mittelst der condictio indebiti durchgesetzt wird [1]). Die Erfordernisse sind: I. Mangel einer Schuld (Nichtschuld, indebitum), sei es, daß die vermeintliche Schuld gar nicht vorhanden, oder daß nur zwischen dem Zahler und Empfänger keine Schuld besteht, oder daß die Verbindlichkeit einen ganz andern Gegenstand hat. 1. Als gar nicht vorhanden gilt eine vermeintliche Schuld nicht allein dann, wenn gar kein Rechtsgeschäft oder gar keine verbindende Handlung vorgekommen ist, sondern auch dann, wenn das eingegangene Rechtsverhältniß ipso jure, oder auch nur ope exceptionis ungültig ist [2]). Nicht aber gilt es für eine Nichtschuld in dieser Beziehung: a) wenn wegen einer wahren Nichtschuld ein Vergleich geschlossen worden ist [3]); b) eine Naturalobligation, soweit solche im Pr. R. anerkannt ist. Unter dieser s. g. „moralischen Verbindlichkeit" oder „unvollkommenen Pflicht" wird jedoch, auch im Pr. R., nicht die sittliche Pflicht zur Wohlthätigkeit und Dankbarkeit, sondern eine aus einem Rechtsverhältnisse entspringende Verbindlichkeit, welche an sich gültig sein würde, aber wegen positiver Vorschriften ungültig ist [4]), verstanden. Die Regel von der Nichtschuld hat zweierlei Ausnahmen: a) eine solche, wo eine ope ex—

1) I, 16, §. 166. — L. 1, 7, 54 D. de cond. ind. (XII, 6); §. 1 J. quib. mod. re (III, 15); §. 6 J. de obl. quae quasi ex contr. (III, 28).

2) Ein Beispiel war schon o. §. 636, Note 3, Nr. 3, wo jedoch die Rückforderung auch ohne Irrthum schon wegen des Betrugs zulässig ist. — Vergl. Fragm. Vat. §. 266. — L. 26, §. 3 u. 7; L. 40 pr. D. de cond. ind. (XII, 6); L. 34, §. 11 D. de solut. (XLVI, 3).

3) L. 65, §. 1 D. de cond. ind. (XII, 6). Der Satz hat wegen der möglichen Wechselfälle des Prozesses auch im Pr. R. Geltung.

4) I, 16, §§. 176, 178, 179, 182—184. — Suarez, amtl. Vorträge; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 53 u. 51. Wegen der verschiedenen Auslegungen der §§. 176, 182 u. 184 s. Recht der Ford. §. 259. Diese Bestimmungen widersprechen sich nicht. Die §§. 176, 182 beziehen sich auf das Erforderniß des Irrthums, nicht auf die Nichtschuld; der §. 184 hingegen auf die natürliche Verbindlichkeit, folglich betreffen beide Bestimmungen nicht ebendenselben Gegenstand.

ceptionis ungültige Schuld hier doch für ein gültiges Debitum gilt. Nach R. R. gehörte dahin die verjährte Klage, womit es, im Pr. R., sich anders verhält (§§. 151 und 453); die res judicata, die nach Pr. R. ebenfalls anders wirkt (§. 197), und der Fall des S. C. Macedoniani. Davon findet sich eine in das Pr. R. nicht passende[5]) Anwendung, indem Dasjenige, was ein großjähriges Kind in väterlicher Gewalt auf seine Schulden zahlt, niemals kondizirt werden kann[6]), welches eine Ausnahme von der Regel[7]), bezüglich auf die Rechtsgeschäfte handlungsunfähiger Personen, ist. Die andere Ausnahme ist b) eine solche, wo eine Nichtschuld wie eine Schuld angesehen wird. Von den Fällen des R. R. findet sich im Pr. R. nur noch der eine, wenn eine betagte Schuld zu früh gezahlt worden ist: hier kann weder die Rückzahlung noch das Interusurium gefordert werden[8]). Bei bedingten Schulden aber, zu welchen hier, gegen die Regel[9]) und abweichend vom R. R.[10]), auch Schulden mit einem Termine, der nur der Zeit nach ungewiß ist, gerechnet werden, ist die Kondiktion gestattet[11]). 2. Der Mangel des Schuldverhältnisses zwischen dem Zahler und Empfänger kann sich so, daß der Zahler eine andere Person für seinen Gläubiger, und auch so, daß er sich irrig für den Schuldner der fraglichen Obligation hielt, gestalten; die Kondiktion ist in beiden Fällen zulässig[12]). 3. Zu dem Falle der irrigen Verwechselung gehört auch: a) wenn eine alternative Obligation irrig für eine einfache gehalten worden

---

5) S. o. §. 572, Note 6. Das S. C. Maced. setzt geschäftsfähige Personen voraus, nach Pr. R. aber sind die großjährigen Kinder in väterlicher Gewalt handlungsunfähig, wie Bevormundete, wenn sie mit Andern als dem Vater kontrahiren.

6) II, 2, §. 138. S. die vorige und die folgende Note.

7) I, 16, §. 170. Die Vereinigung beider Stellen ist nicht möglich; die Bestimmung II, 2, §. 138 betrachtet, indem der entsprechende Satz, bezüglich auf jenes S. C., beibehalten wird, hier die großjährigen Kinder als handlungsfähig; denn darauf beruhet derselbe. Der Satz ist eine Anomalie.

8) I, 16, §. 168. — L. 10, 17, 18 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 9, §. 1 D. de novat. (XLVI, 2); §. 2 J. de verb. obl. (III, 16). Die übrigen Fälle des R. R. sind: der streitige Fall der Zahlung nicht schuldiger Zinsen; und der wo lis inficiando crescit in duplum.

9) I, 4, §§. 126, 127. S. o. §. 121, Bd. I, S. 261.

10) L. 16, §. 1; L. 17, 18 D. de cond. ind. (XII, 6).

11) I, 16, §. 169. — L. 16, 18 D. eodem.

12) §. 185 a. a. O., in dem Worte „wissentlich." Der Satz wird bezweifelt, weil der §. 178 und 180 entgegenstehen soll, was nicht der Fall. Recht der Ford. §. 259, Bd. III, S. 323.

ist[13]), b) wenn bei einer alternativen Obligation beide Gegenstände gegeben werden; doch hat in diesem Falle nicht, wie nach R. R., der Geber, sondern der Empfänger die Wahl[14]). II. Zahlung, welche alle zur Gültigkeit gehörigen Erfordernisse (§. 576) haben muß. Auch hier stehen ihr gleich die Angabe an Zahlungsstatt und die Novation[15]). Ist die Zahlung ungültig, so gelten andere Grundsätze, die condictio indebiti ist dann nicht begründet und auch entbehrlich. Die Zahlung eines Unfähigen auf eine gültige Schuld ist nur insoweit widerruflich, als der Gläubiger mehr als das Seinige erhielt; war die Schuld noch nicht fällig, so muß er das Interusurium erstatten, die Klage ist aber hier die condictio sine causa[16]). Zahlungen Unfähiger auf ungültige Schulden müssen immer an den Zahler zurückgegeben werden, wenn auch die Schuld aus einem verbotenen Geschäfte herrührt[17]). Was außer dem Falle eines unerlaubten Geschäfts ein Handlungsfähiger wissentlich auf eine ungültige Schuld zahlt, kann nicht kondizirt werden[18]). III. Irrthum in der Voraussetzung bei der Zahlung[19]). Er kann sich auch auf einen Rechtssatz beziehen (error juris)[20]); denn das Wesentliche ist, daß die Kondiktion sich auf Irrthum als Thatsache gründet, vermöge welcher das Geschäft der Zahlung wegen mangelnden Konsenses nichtig wird (Bd. I, S. 101). Ob man sich in jure irre, ist nach der zur Zeit der Zahlung herrschenden Rechtsansicht zu beurtheilen; denn das spätere Aufgeben jener Ansicht begründet noch nicht die

13) L. 32, §. 3 D. eod. — L. un. C. de errore calculi (II, 5).

14) §. 192 a. a. O. Der Grundsatz ist also beibehalten, nur für diesen zweiten Fall ist das Wahlrecht anders bestimmt. L. 10 C. de cond. ind. (IV, 5); L. 26, §. 13 D. eod.

15) §. 191 a. a. O. — L. 40, §. 2, L. 31 D. eod. — L. 3 C. eod. — L. 1 pr. D. ut in poss. legator. (XXXVI, 4). Nicht der Vergleich. S. o. Note 3.

16) §§. 170, 171 a. a. O. L. 29 D. de cond. ind. (XII, 6).

17) In der Regel tritt dann der Fiskus ein. §§. 170, 172—174 a. a. O.

18) Auch dergleichen Zahlungen auf Studentenschulden nicht, wenn nichts Unerlaubtes darin liegt. II, 12, §§. 99, 104, 107; Anh. §. 143 vergl. mit §§. 108, 109.

19) §§. 166, 178 a. a. O. — L. 1, §. 1, L. 26, §. 2 D. de cond. ind. (XII, 6). Wissentliche Zahlung einer Nichtschuld wird wie Schenkung behandelt. §§. 181, 185 das. — L. 53 D. de reg. jur. — §. 1 J. quib. mod. re (III, 15). Aber schon Zweifel gilt für Irrthum. L. 11 C. de cond. ind. (IV, 5).

20) §. 179, vergl. mit 176 u. 182 a. a. O. Pr. 37, vom J. 1833. Pl.-Beschl. des Ober-Trib. vom 19. Oktbr. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 399). Nach R. R. streitet man darüber.

Kondiktion der früher für rechtmäßig gehaltenen Zahlungen, gleich wenig wie die im Verlaufe der Zeit eintretende Abänderung von Gesetzen.

§. 638.

b) Wirkung der Zahlung.

Die unter diesen Voraussetzungen geleistete Zahlung begründet eine nach den Grundsätzen vom Darlehn [1]) sich richtende Forderung. I. Gläubiger ist Der, in dessen Namen gezahlt worden ist; der Stellvertreter kann nicht kondiziren, wenn gleich er mit eigenen Mitteln gezahlt hat [2]), vorausgesetzt, daß die Stellvertretung in einem Auftrage beruhet oder genehmigt worden ist; ein bloßer Geschäftsführer kann, wenn die Zahlung nicht genehmigt wird, condictione ob causam (nicht indebiti) von dem Empfänger zurückfordern [3]). Ist eine Delegation vorgegangen, so sind drei Fälle denkbar: 1. Die Schuld des Deleganten an den Delegatar ist eine vermeintliche. Hier hat der Delegat keine Klage gegen den Delegatar, sondern der Delegant kann von Diesem das Gezahlte oder die Befreiung des Delegaten kondiziren (§. 543). 2. Die Schuld des Deleganten an den Delegatar ist richtig, aber der Delegat hält sich irrthümlich für den Schuldner des Deleganten und läßt sich deshalb delegiren. In diesem Falle kann der Delegat von dem Delegatar weder das Gezahlte kondiziren noch Entlassung aus der Verbindlichkeit fordern, weil der Delegatar nur das Seine erhält [4]); er kann aber von dem Deleganten condictione indebiti Ersatz des Gezahlten und vor der Zahlung Freimachung fordern [5]). 3. Beides trifft zusammen. Hier kann der

---

1) §. 193 a. a. O. — L. 5, §. 3 D. de obl. et act. (XLIV, 7). — §. 1 J. quib. mod. re (III, 15); §. 6 J. de obl. quae quasi ex contr. (III, 28).

2) L. 6, §. 3 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 6 C. eod. (IV, 5).

3) Hierauf bezieht sich der §. 187 u. 188 a. a. O. Die Vorschrift des §. 187 findet nicht bloß auf den Fall Anwendung, wo die Zahlung für einen zu kontrahiren Unfähigen geleistet ist, sondern überhaupt da, wo die Zahlung für einen Dritten geleistet worden, und der Vertrag, in Beziehung auf den die Zahlung erfolgt ist, demnächst aufgehoben wird. Pr. 365, vom 3. Novbr. 1837. — Vergl. L. 6 pr. D. eod.; L. 14 D. de cond. causa data (XII, 4).

4) Darauf bezieht sich der oft mißverstandene §. 180 a. a. O. und die ihm zum Grunde liegende L. 44 D. de cond. ind. (XII, 6).

5) L. 78, §. 5 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 12, 13 D. de novat. (XLVI, 2).

Delegat sich gegen die Klage des Delegatar mit der exceptio doli schützen und auch gegen ihn mit dieser Kondiktion auf Freilassung und beziehlich auf Rückgabe des Gezahlten klagen[6]). Bei der Zahlung durch Stellvertreter kommt es bloß auf dessen Irrthum an, wenn nicht ein besonderer Auftrag just auf die fragliche Zahlung erging. Aus diesem Grunde steht auch den bevorzugten Gläubigern die Kondiktion gegen die Nachstehenden zu, wenn diese im Konkurse und Liquidations-Prozesse durch den Richter aus Versehen befriedigt worden und deshalb die Vorgehenden leer ausgegangen sind[7]). Die Regel, daß nur dem Zahler die Kondiktion zusteht, hat folgende Ausnahmen: 1. Die von dem redlichen Besitzer einer Erbschaft auf nichtige Legate oder nichtige Schulden geleisteten Zahlungen kann der Erbe kondiziren[8]). 2. Wenn mit fremden Sachen gezahlt worden ist, so kann der Eigenthümer vindiziren und beziehlich kondiziren, ohne Unterschied, ob irrthümlich[9]) oder wissentlich[10]) gezahlt worden. 3. Was auf ein unerlaubtes Geschäft von einem Handlungsfähigen gezahlt worden, kann der Fiskus kondiziren[11]). II. Schuldner ist der Empfänger im eigenen Namen[12]), ohne Unterschied, ob er handlungsfähig ist oder nicht[13]); niemals ein Dritter[14]). III. Hinsichtlich des Gegenstandes (§. 636, II) und des Beweises gilt hier nichts Besonderes[15]).

---

6) L. 7 D. de doli mali except, (XLIV, 4).

7) Präjud. des Ober-Trib. vom 11. Septbr. 1835 u. v. 14. Novbr. 1834 (Jur. Wochenschr. 1836, S. 165 u. 188). — Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 19. Oktobr. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 399).

8) I, 9, §. 496. — L. 2, §. 1, L. 3, 5 D. de cond. ind. (XII, 6).

9) I, 16, §. 193 verb. mit I, 11, §§. 662, 665—667. — L. 15 pr. D. eod.

10) L. 1, §. 3 D. de cond. sine causa (XII, 7); L. 53 D. de reg. jur.

11) §§. 172—175 a. a. O. — II, 12, §. 109.

12) I, 16, §. 193. — L. 6, §. 2 D. de cond. ind. (XII, 6).

13) I, 13, §. 274. — L. 14 D. eod. — L. 3, §. 4, L. 6 pr. D. de negot. gest. (III, 5).

14) L. 49 D. de cond. indebiti (XII, 6).

15) Anders nach R. R. hinsichtlich des Beweises. L. 25 D. de probat. et praesumt. (XXII, 3). Diese Beweisregel kennt das Pr. R. nicht. Der Kläger muß außer der Nichtschuld auch seinen Irrthum beweisen. Die aus dem Umstande, daß eine Zahlung auf den Grund einer vermeinten, aber nicht wirklich vorhandenen Verbindlichkeit erfolgt ist, entspringende Vermuthung für einen dabei vorgewalteten Irrthum reicht zur Begründung der Rückforderung einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld, d. h. zum Beweise des Irrthums bei der Zahlung, nicht hin, sondern es muß die Existenz eines solchen Irrthums besonders erwiesen werden. Pr. 1121, vom 22. April 1842.

IV. Diese Forderung kann nicht durch Renuntiation [16]), sondern nur durch Erlaß (§. 585) erlöschen.

§. 639.

3. Condictio ob causam datorum.

A. L. R. I, 16, §§. 199—204. — I, 5, §§. 155 flg., 364—368; I, 11, §§. 655, 1137—1139; I, 12, §§. 509 ff.; I, 11, §. 1048 verb. mit I, 4, §. 154; I, 13, §§. 150, 151.

I. Die mit dieser Klage verfolgte Forderung gründet sich in einer Zahlung auf einen künftigen Erfolg (causa futura). Die Erfordernisse sind: 1. Es muß Etwas geleistet oder erlassen worden sein; der Gegenstand oder die Art der Leistung kann eben so verschieden sein wie in dem vorigen Falle; 2. Dieses muß mit Rücksicht auf einen erwarteten Erfolg geschehen sein, 3. welcher ehrbar (causa honesta), und 4. nicht eingetreten ist (causa non secuta) [1]). II. Fälle der Anwendung sind: 1. ein von dem andern Theile unerfüllt bleibender Vertrag [2]); 2. die Schenkung von Todeswegen, wenn die Voraussetzung nicht eintritt [3]); 3. Die Schenkung zu einem bestimmten Zwecke (§. 611, III); 4. die in Erwartung eines Darlehns geschehene Aushändigung des Schuldscheins [4]); 5. die vorausbezahlte Aussteuer, wenn die Ehe nicht erfolgt [5]); 6. wenn Jemand an einen Geschäftsführer Etwas leistet und der Geschäftsherr die Besorgung nicht genehmigt [6]). III. Hinsichtlich des Inhalts der Obligation ist hier das Besondere, daß bei Bestimmung der Nebenleistungen die Ursache, aus welcher der Erfolg ausgeblieben, Einfluß hat. Hat der Empfänger Schuld, so haftet er von der Zeit seiner Schuld an wie ein

---

16) Darüber streiten die gemeinrechtlichen Civilisten. **Wunderlich, de condictionis indebiti renunciatione. Jenae 1757.**

1) §. 200 a. a. O. — L. 1 pr., 3, §. 7, L. 4, 10 D. de cond. causa data (XII, 4); L. 7 C. eod. (IV, 6); L. 52 D. de cond. ind. (XII, 6).

2) I, 16, §. 199; I, 5, §. 155 flg. 364—368.

3) I, 11, §§. 1137—1139. — L. 12 D. de cond. causa data (XII, 4); L. 35, §. 3 D. de donat. m. c. (XXXIX, 6).

4) I, 11, §. 655. — L. 7 C. de except. non num. pec. (IV, 30).

5) I, 11, §. 1048 verb. mit I, 4, §. 154. — L. 7, §. 1, L. 9 pr. D. de cond. causa data (XII, 4). — L. 1 C. eod. (IV, 6).

6) I, 13 §§. 150, 151. — L. 14 D. eod. — L. 58 pr. D. de solut. (XLVI, 3).

unredlicher Besitzer; ist er außer Schuld und der Geber gleichfalls: so geht es nach der allgemeinen Regel (§. 636, II); liegt es an dem Geber, so haftet der Empfänger nur soweit, als er zur Zeit der Klage noch reicher ist; doch muß er alles Empfangene sich auf sein Interesse anrechnen lassen, wenn ihm ein solches zusteht [7]).

§. 640.

4. Condictio ob turpem causam.

A. L. R. I, 16, §§. 205—212. — Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, H. 2, S. 137 flg.

Die durch das Leisten oder Erlassen zu einem schändlichen, unsittlichen Zwecke begründete Forderung auf Zurückgabe unterscheidet sich in ihrer Begründung von den übrigen Kondiktionen dadurch, daß es bei ihr nicht auf Irrthum oder Selbsttäuschung, sondern darauf ankommt: auf welcher Seite das Unsittliche liegt. Trifft der Vorwurf den Empfänger allein, so kann der Geber zurückfordern [8]); trifft er Beide, so steht nur dem Fiskus die Rückforderung zu [9]); trifft er den Geber allein, so findet die Rückforderung nicht statt.

§. 641.

5. Condictio sine causa.

Die condictio sine causa bezieht sich auf die Fälle, wo die Rückforderung sich auf ein Leisten oder Erlassen wegen einer als gegenwärtig oder vergangen gedachten, aber in Wahrheit nicht vorhandenen oder hinterdrein wieder weggefallenen rechtlichen Ursach gründet. Das Wesentliche dabei ist auch hier eine irrige Voraussetzung, sei es, daß der rechtliche Grund gar nicht vorhanden war [10]), oder daß die vorausgesetzte Fortdauer desselben

---

7) I, 16, §§. 201—204. Kommt nicht aus dem R. R.

8) §§. 207 u. 212 das. — L. 1 §. 2, L. 4 §. 2 D. de cond. ob turp. (XII, 5).

9) §§. 210, 211 a. a. O. — L. 2 §. 2, L. 3 D. eod. — L. 1 §. 3 D. calumniat. (III, 6). Anwendungen: I, 11 §§. 714 flg.; 744, 746; 1071; I, 16, §§. 172, 173; II, 12 §. 108 u. Anh §. 143. Der Satz ist durch das Juristenrecht aufgebracht; im R. R ist er nicht begründet.

10) Z. E. L. 5 D. de cond. sine causa (XII, 7); L. 29 D. de cond. ind. (XII, 6).

zufällig oder durch die ordentliche Tilgung aufhörte[11]). Hinsichtlich des Gegenstandes gelten die allgemeinen Regeln.

§. 642.

6. Actio in factum wegen Bereicherung.

I. Die condictio sine causa ist über ihre Grenze ausgedehnt worden auf einige Fälle, wo Jemand Etwas umsonst haben würde, was seinem Eigenthümer ohne Vergütung und ohne rechtsgültigen Grund oder doch ohne daß der ursprünglich vorhanden gewesene Grund fortwirkt, entzogen wird. Die hier als eine actio in factum gegebene Klage auf Zurückerstattung steht den Kondiktionen und sogar der Vindikationsklage in Fällen, wo jene und diese nach ihren besondern Voraussetzungen nicht anwendbar sind, als ergänzendes Rechtsmittel zur Seite und kann also unter Umständen, wo sie die Vindikationsklage ergänzt, selbst gegen einen Dritten gebraucht werden[1]). Die Erfordernisse der Klage wegen Bereicherung sind: 1. Der Beklagte muß bereichert sein. Bereicherung ist eine solche Vermehrung des Vermögens einer Person, welche nicht eine rechtliche oder erwartete Folge eines von ihr eingegangenen Rechtsgeschäfts, vielmehr durch einen ohne ihr Zuthun eingetretenen, den Rechtsgrund faktisch aufhebenden Umstand entstanden ist. Hat der Bereicherte den Umstand durch seine freie Handlung verursacht, so hat der Beschädigte ein anderes Klagerecht von größerem Inhalte. 2. Der Kläger muß dadurch Schaden leiden. Schaden in dem hier gemeinten Sinne ist Verminderung des Vermögens einer Person in Folge eines eingetretenen Umstandes. Dasjenige, wodurch das Vermögen des Beklagten in jener Form vermehrt worden ist, muß aus dem Vermögen des Klägers herausgegangen sein, und die Absicht, in welcher diese Veränderung der beiderseitigen Vermögensmassen bewerkstelligt worden ist, muß durch den dazwischen getretenen Umstand faktisch vereitelt werden. II. Der Grund der Verpflichtung zur Erstattung des Vortheils ist nicht das vorgefallene

---

11) Wie I, 21 §. 254; L. 2 D. de cond. sine causa; und I, 16 §. 125; Plenarbeschl. des G. O. Tr. vom 24. Febr. 1840 (Entsch. Bd. V, S. 274); L. 25 C. de solution. (VIII, 43). Nicht hierher gehört der verjährte oder präjudizirte Wechsel. S. den folg. §. 642, No. III, 6.

1) I, 15 §§. 28—32. Vergl. L. 3 i. f. D. de cond. ind. (XII, 6), u. L. 23 D. de rebus creditis (XII, 1).

Rechtsgeschäft, sondern die Redlichkeit des rechtschaffenen Mannes[2]). Verweigert der Empfänger die Zurückgabe dessen, was ihm auf solche Weise zufällig durch den Verlust des Gebers zum unverhofften, keineswegs als Folge des Rechtsgeschäfts anzusehenden Gewinn geworden, dem dadurch Beschädigten, so handelt er unredlich und kann auf Grund seines Dolus zur Herausgabe gezwungen werden[3]). Die Klage wegen Bereicherung gründet sich also auf den Dolus des Beklagten. Dieser Grund des Anspruchs bestimmt zugleich dessen Gegenstand. Der Kläger kann nicht mehr verlangen als der Beklagte zur Zeit des erhobenen Anspruchs, d. i. nach dem A. L. R. die Zeit der insinuirten Klage[4]), von dem Vortheile bei redlichem Verhalten noch wirklich hat; Dieser ist nicht schuldig, aus seinem Vermögen etwas herzugeben, sondern er soll nur das nicht behalten dürfen, was aus dem fremden Vermögen ohne Grund, oder was von dem wegen einer übernommenen, aber faktisch weggefallenen Leistung Empfangenen noch wirklich vorhanden[5]). Danach liegt dem Kläger, wie bei der Vindikation hinsichtlich des Besitzes, in der Regel der Beweis ob[6]). Hat aber der Beklagte den ursprünglich empfangenen Gegenstand gegen Geld oder eine andere Sache umgesetzt, so ist diese Thatsache zur Begründung der Klage genügend und der Beklagte hat zu excipiren, daß der nämliche Werth oder Erlös ohne seine Schuld ihm wieder entgangen[7]). III. Einzelne Anwendungen dieser Klage kommen in folgenden Fällen vor, die jedoch nicht die einzigen sind: 1. Wenn ein handlungsunfähiger Geschäftsführer Etwas aus dem Vermögen des Geschäftsherrn durch die Geschäftsbesorgung erhalten hat, wodurch er bereichert werden würde[8]). 2. Wenn ein Handlungsunfähiger einem andern Un-

---

2) L. 10, §. 1 D. mandati (XVII, 1); L. 6, §. 2 D. de jure dotium (XXIII, 3).

3) L. 17, §. 4 D. de institoria actione (XIV, 3).

4) Pr. O. I, 7, §. 48; A. L. R. I, 7, §. 222, 188, 219.

5) I, 13, §. 274; I, 15, §. 32. — L. 37 pr. D. de negotiis gestis (III, 5). L. 34 pr. D. de minoribus (IV, 4).

6) I, 13, §. 274; I, 15, §. 32. Vergl. L. 5 pr. §. 1 D. de auctoritate et consensu tutoris (XXVI, 8). Eine Ausnahme macht der §. 28, 31, I, 15.

7) L. 18 D. quod metus causa (IV, 2). Nach der Fassung des A. L. R., welches überhaupt keine allgemeine Bestimmungen über die Erfordernisse dieses Anspruchs hat, kann darüber gestritten werden.

8) I, 13, §. 230. — L. 3, §. 4, de negotiis gestis (III, 5).

fähigen Etwas gegeben hat, wodurch Dieser reicher geworden [9]) 3. Wenn der unredliche Besitzer einer nutzbaren Sache Früchte konsumirt [10]). 4. Wenn Jemand Sachen eines Dritten ohne dessen Willen bona fide erwirbt und in gutem Glauben weiter veräußert oder verbraucht, somit die Vindikation nicht möglich ist, auch der Eigenthümer von dem Geber nicht entschädigt werden kann [11]). 5. Wenn die Mittel zu einer nützlichen Verwendung aus dem Vermögen eines Dritten ohne dessen Zustimmung genommen werden und Dieser seine Entschädigung nicht von dem Verwender erlangen kann, auch der Empfänger dafür noch nichts wieder erstattet hat (§. 573, IV, 2). 6. Wenn ein Wechsel präjudizirt oder verjährt ist und der gewesene Wechselschuldner sich mit dem Schaden des ehemaligen Gläubigers bereichern würde [12]). 7. Wenn versprochene Handlungen nur theilweise geleistet worden sind und aus eigener Schuld nicht vollständig geleistet werden können (§. 708, I, 2, c). 8. Wenn Jemand mit einem Kridar ungültig kontrahirt hat und dadurch die Masse reicher geworden ist (§. 492, A. 5 u. 6). 9. Wenn der unrechtfertige Besitzer einer fremden Sache Verbesserungen bewirkt hat (§. 169, III, lit. b. 10. Wenn der Grundeigenthümer, auf dessen Boden ohne Erlaubniß ein Anderer gebaut hat, das Gebäude behält (§. 249, II, 1). 11. Wenn einer, von der einen Seite bereits erfüllten, obligatio faciendi von der andern Seite zufällig nicht genügt werden kann (§. 466, S. 45).

Zweites Kapitel.

Zufällig zweiseitige Forderungen (Rechtsverhältnisse mit contrariae actiones).

§. 643.

Gemeinsame Grundsätze.

Die Rechtsverhältnisse dieser Art beruhen auf einer Wohlthat des Einen gegen den Andern und erzeugen daher nicht noth=

---

9) S. o. §. 637 Note 16 u. L. 34 pr. D. de minoribus (IV, 4).

10) Werden diese nicht als Accessorien mit der Vindikationsklage gefordert und hat auch der Richter nicht ex officio darauf erkannt, so können sie mit dieser Kondiktion nachgefordert werden. A. G. O. I, 23, §§. 63 u. 64; L. 4 C. de condict. sine causa (IV, 9).

11) I, 15, §§. 28—32. — L. 3 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 20, §. 6 D. de negot. gest. (III, 5).

12) A. W. O. Art. 83. — M. Aufsatz in Siebenhaar Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. II, S. 32 ff.

wendig eine Gegenforderung, sowie derjenige Theil, welcher wohlthätig ist, in der Regel nur für Dolus und grobes Versehen haftet (§. 468 und 469). Entstehen zufällig Gegenansprüche, welche nicht durch Vorenthaltung und Exception ihre Erledigung finden, so wird dem Schuldner gestattet, die eine aus dem Verhältnisse entspringende Hauptklage umgekehrt auch für sich anzuwenden, wodurch dann die actio eine s. g. contraria wird, von welcher die Klage in ihrer eigentlichen Bestimmung durch die Benennung directa unterschieden wird. Die hierher gehörigen Rechtsverhältnisse bilden zwei Gruppen: solche, welche durch Hingabe einer bestimmten Sache unter dem Bedinge der Rückgabe der nämlichen Sache entstehen, als: Kommodat, Prekarium, Depositum, Pignus; und solche, in welchen ein unentgeltliches Handeln oder Dienstleisten stattfindet, als: Mandat, Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, Verwaltung fremder Sachen.

I. Forderungen auf Rückgabe einer bestimmten Sache.

1. Kommodat, Leihkontrakt.

A. L. R. I, 21, §§. 229—257. — Schmidt (v. Ilmenau), das Kommodat und Prekarium. Eine Revision der Grundlehren Beider. gr. 8. Leipzig, 1841.

§. 644.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Kommodat (commodatum), Leihkontrakt heißt das unentgeltliche Hingeben einer wieder zurückzugebenden bestimmten (individuellen) Sache zum sachgemäßen Gebrauche [1]). Der Geber heißt Verleiher (commodans, commodator) [2]), der Empfänger Leiher (Kommodatarius, commodatum rogans, is cui commodatur) [3]). Das Geschäft ist ein Realkontrakt [4]), mit der dem Pr. R. eigenthümlichen Ausnahme, wenn der Gegenstand eine unbewegliche Sache ist: in diesem Falle ist der Verleiher, in

1) I, 21, §. 229. — L. 1, §. 1 D. commodati (XIII, 6); L. 20 D. de acquir. poss. (XLI, 3).

2) §§. 235, 236 a. a. O. — L. 7, §. 1 D. commodati.

3) §§. 237, 238 das. — L. 3, §. 3; L. 5, §§. 2, 4, 7, 10, 13; L. 10, 13 D. eod.

4) §. 229 das. — L. 5, §. 12 D. eod. — §. 2 J. quib. mod. re (III, 15); L. 3 C. commodati (IV, 23).

Ermangelung eines schriftlichen Vertrages, an die Verabredung nicht gebunden, vielmehr kann er ganz nach Willkühr den Gegenstand zurückfordern [5]). II. Die Erfordernisse sind: 1. Der Zweck der Hingabe muß sein, dem Empfänger den Gebrauch zu verschaffen [6]); der Empfänger wird unvollständiger Besitzer [7]). 2. Für den Gebrauch muß Nichts geleistet werden sollen, sonst ist es Miethe oder ein unbenannter Kontrakt [8]). Ein Naturale ist es, daß der Gebrauch nach Art oder Zweck der Sache angemessen sei; soll er eingeschränkt oder in anderer Weise abweichend sein, so muß der Verleiher Solches bestimmen [9]). 3. Die Dauer des Gebrauchs muß entweder durch die Art oder den Zweck oder durch ausdrückliche Zeitbestimmung verabredet sein, sonst ist das Geschäft Prekarium, d. h. der Verleiher kann die Sache zu jeder Zeit zurückfordern [10]). Vor der bestimmten Zeit darf der Verleiher zurücktreten, wegen eigenen Bedürfnisses oder wegen Mißbrauchs, wozu auch Afterverleihung gehört [11]). 4. Eben dieselbe bestimmte Sache muß zurückgegeben werden sollen [12]), sonst wird das Geschäft Darlehn, Tausch oder ein unbenanntes Geschäft; unter

---

5) §. 233 das. — Ueber die Auslegung dieses §. ist kein Einverständniß. Viele beziehen die Bestimmung auf alle Arten von Verträgen, über Grundstücke. S. Recht der Ford. §. 267, Bd. III, S. 352. Das Obertr. hat bereits durch das Pr. 891, v. 27. Juli 1840 ausgesprochen, daß die Vorschrift sich nicht auf Verträge über eigenthümliche Ueberlassungen von Grundstücken beziehe, und der Mangel der schriftlichen Form eines solchen Vertrages nicht die Erwerbung des Eigenthums eines Grundstückes durch dreißigjährigen Besitz hindere. In der am 6. Februar 1849 entschiedenen Sache Lüsse w. Topp hat das Obertrib. weiter ausgesprochen, daß die Vorschrift des §. 233 nicht auf lästige Verträge und auf Eigenthumsübertragungen zu beziehen, sondern auf den Leihkontrakt zu beschränken sei. (Entsch. Bd. XVII, S. 276.) Die Bestimmung ist müssig, da Grundstücke in der Wirklichkeit selten geliehen werden. Doch kommt es wol bisweilen vor, z. B. bei Böden und Speichern, Wegen, Triften, Wohnungen u. dergl. Die ältern röm. Juristen waren verschiedener Meinung darüber: ob Immobilien Gegenstand des Kommodats sein könnten. L. 1, §. 1 D. commodati.

6) §§. 229, 238—240 a. a. O. — L. 8, 9 D. eod.

7) §. 229 verb. mit §§. 231, 248 a. a. O. — Nach R. R. ist er bloßer Inhaber. L. 20 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 2).

8) §. 229 a. a. O. — L. 5, 12 D. commodati. — L. 5 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

9) L. 17, §. 3, L. 5, §. 7, 8; L. 10 pr., L. 23 D. commodati.

10) §§. 230, 231 a. a. O. Nach R. R. folgt in diesem Fall die Zurückforderung zur beliebigen Zeit aus den Grundsätzen von der Fälligkeit; ein Prekarium ist darum das Geschäft nicht.

11) §§. 234—237 a. a. O. Ist nach G. R. streitig. Die landrechtliche Meinung gründet sich auf L. 3 C. de locat. (IV, 65).

12) §. 229 a. a. O. — L. 2 pr. D. de rebus cred. (XII, 1).

dieser Bedingung kann eine jede Sache, selbst eine vertretbare, ja eine verzehrbare Sache Gegenstand des Kontrakts sein[13]), doch würde der Gebrauch von Dieser ein anderer als der gewöhnliche, sachgemäße sein müssen. Die eigene Sache des Kommodatars kann, wenn der Verleiher ein redlicher Besitzer ist, nach Pr. R. unzweifelhaft Gegenstand sein[14]), weil das Besitzrecht als ein selbstständiges Vermögensrecht angesehen wird (§. 167, Bd. I, S. 329). Handlungen können nicht geliehen werden; das Versprechen unentgeltlicher Dienstleistungen ist kein Rechtsgeschäft[15]).

§. 645.

b) Verbindlichkeiten.

I. Der Leiher hat 1. die Sache nach davon gemachtem Gebrauche unversehrt zurückzugeben[1]); Verschlechterungen werden nach Maßgabe des begangenen Versehens (§§. 468, 469) ersetzt. 2. Ist die Sache untergegangen oder abhanden gekommen, so muß der Werth erstattet werden, wenn dem Leiher eine zurechnungsbare Schuld zur Last fällt. Kommt die Sache später wieder zum Vorscheine, so hat der Verleiher die Wahl: ob er die Sache wiedernehmen und den erstattet erhaltenen Werth zurückgeben, oder diesen behalten und die Sache dem Leiher überlassen will; in dem letztern Falle hat der Leiher weder für die Nutzung des bezahlten Werths, noch für die inmittelst entbehrten Nutzungen Ersatz zu fordern. Die Findungskosten trägt Der, welcher die Sache behält[2]). 3. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten während des Kommodats trägt der Leiher[3]). 4. Zur Geltendmachung

---

13) §§. 229, 233 a. a. O. — L. 1, §. 1, L. 3, §. 6, L. 4 D. commod.

14) §. 247 d. T.; I, 14, §. 79. Nach G. R. ist darüber Streit. Vergl. L. 14—16 D. eod. — L. 15 D. depositi (XVI, 3).

15) I, 11, §. 872. Dienstleute leihet man nicht; man erweiset sich durch Hülfsleistungen bloß Gefälligkeiten. Manche gemeinrechtliche Juristen behaupten aber ein commodatum personarum. v. Eichmann rechtliche und historische Bemerkungen von dem Leihen der Personen; in dessen Sammlung kl. Abhandl. (Halle 1782) No. XIV; Just. H. Boehmer jus eccl. Protest. III, 15, §. 8; Müller ad Struv. Synt. jur. Exercit. XIX, th. 4, not. β.

1) §§. 234—238, 246 a. a. O.

2) §§. 254—256 das. — Die Satzung in Betreff des Wahlrechts ist unpraktisch. Nach R. R. wird der Fall schlechthin als Kauf behandelt. L. 5, §. 1, L. 13 pr., L. 17, §. 5 D. commodati. — L. 3 D. pro emtore (XLI, 4).

3) §. 241 a. a. O. — L. 18, §. 2 D. commodati (XIII, 6). Bei Thieren gehören dazu Kurkosten, und bei Sachen die durch den üblichen Gebrauch nöthig werdenden Reparaturkosten.

dieser Forderungen hat der Verleiher die actio commodati directa. Zulässige Gegenforderungen sind nur solche, welche aus demselben Geschäfte entsprungen sind, namentlich Verwendungen auf die Sache, sofern solche nicht von dem Leiher getragen werden müssen. Wegen derselben steht ihm die exceptio doli mit dem Retentionsrechte zu[4]). Der Einwand, daß ein Dritter ein besseres Recht als der Verleiher an der Sache habe, ist unstatthaft[5]); kommen Ansprüche eines Dritten, so kann der Leiher wegen streitiger Legitimation deponiren, und wenn die Sache als corpus delicti von dem Untersuchungsrichter gefordert wird, muß sie aus staatsrechtlichen Gründen an ihn ausgeliefert werden[6]). Auch der Einwand des Eigenthums findet, außer dem Falle der Unredlichkeit des Verleihers, nicht statt[7]). Der Grund ist, weil das Eigenthum des Verleihers kein Erforderniß zur Eingehung eines rechtsgültigen Kommodats ist, vielmehr sogar von beiden Seiten mit Bewußtsein über eine fremde Sache dieser Kontrakt geschlossen werden kann ([5]). Die Klage auf Rückgabe aber, und eventuell auf Werthserstattung, gründet sich lediglich in diesem Kontrakt, nicht auf das Eigenthum der Sache[8]).. 5. Mehrere Leiher oder mehrere Erben des Leihers haften wegen des Werths der abhanden gekommenen Sache, sowie für die Verschlechterungen, solidarisch, wegen der noch vorhandenen Sache selbst aber muß unter ihnen der Inhaber hauptsächlich in Anspruch genommen werden[9]). II. Der Verleiher hat 1. die Sache zu allen Zeiten wiederzunehmen, sobald sie der Leiher zurückzugeben gut findet, wenn nicht seinetwegen die Zeit ausdrücklich verabredet

---

4) §. 247 a. a. O. — I, 14, §§. 76—78. War streitig. L. ult. C. commodati (IV, 23). — L. 18, §. 4 D. eod. — L. 15, §. 2, L. 59 D. de furtis (XLVII, 2).

5) §. 247 d. T.; I, 14, §. 69. — L. 15, 16 D. commodati (XIII, 6).

6) §. 247 d. T. u. I, 14, §. 70. — Cocceji jur. controv. XIII, 6, qu. 2.

7) S. o. §. 644, II, 4. Anders nach R. R., wonach die Sache überhaupt einen andern Stand hat. L. 15 D. depositi (XVI, 3); L. 45 D. de reg. jur. — Unter den juristischen Schriftstellern war darüber kein Einverständniß.

8) Daher ist es nicht zu finden, auf was für einen Rechtssatz das Pr. des Obertrib., 1359, vom 8. November 1843: „der Werth der im Besitze des Leihers verloren gegangenen Sache kann von dem Verleiher nur dann eingeklagt werden, wenn er Eigenthümer der Sache war," fußt.

9) §. 247 d. T. verbunden mit I, 14, §§. 59—61. — Vergl. L. 3, §. 3 D. commodati. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten differiren.

worden ist[10]); 2. dem Leiher alle ihn nicht treffenden Kosten und Verwendungen zu erstatten[11]); 3. für den Schaden einzustehen, der durch seinen Vorsatz oder sein grobes Versehen bei dem Geschäfte, namentlich aus der ihm wohlbekannten Unbrauchbarkeit oder Schädlichkeit der Sache, dem Leiher verursacht worden ist[12]), oder durch die unzeitige und nicht gerechtfertigte Zurücknahme der Sache entsteht[13]). Wegen dieser zufälligen Gegenforderungen hat der Leiher die actio commodati contraria. 4. Ist das Rechtsverhältniß durch Zahlung des Werths der Sache aufgelöst worden und kommt später dieselbe, ohne besonderen Titel, in die Gewahrsam des Verleihers, so entsteht dadurch eine neue Obligation auf Herausgabe der Sache oder Zurückzahlung des empfangenen Werths an den Leiher, nach der Wahl des Verleihers (Note 2); und der Leiher hat dieserhalb die condictio sine causa mit einem alternativen Petitum[14]).

§. 646.

2. Prekarium.

A. L. R. I, 7 §. 147; I, 21 §§. 231, 232 — Georg Eduard Schmidt, das Kommodatum und Prekarium (s. §. 644).

Das Römische Prekarium war muthmaßlich die einem Andern ohne Vertrag gestattete Ausübung eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache[1]); eine Zeitbestimmung war nicht, wie Viele als einen Unterschied vom Kommodate angenommen haben, unzulässig, vielmehr sogar nicht ungewöhnlich[2]). Ueber die rechtliche Natur und Bedeutung ist mehrfache Meinungsverschiedenheit[3]); jedenfalls fehlen die Voraussetzungen und das

---

10) §. 245 d. T. — L. 5, §. 10 D. commodati (XIII. 6).

11) §§. 242—244 a. a. O. — L. 18, §. 2 D. eod. — L. 15, §. 2 et 59 D. de furtis (XLVII, 2).

12) §. 257 das. — L. 18, §. 3, L. 22 D. commodati; L. 61, §. 6 D. de furtis.

13) §. 236 a. a. O. — L. 17, §. 3, L. 22 D. commodati.

14) Gemeinrechtlich schreibt man dem Leiher, je nachdem er die Sache, oder deren Werth haben will, oder es ihm gleich viel gilt, ob er die eine oder die andere erhält, drei verschiedene Klagrechte zu. Voet. Commentar. XIII, 6, §. 8.

1) v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 12a und §. 42.

2) L. 4, §. 4, L. 12 pr. D. de precario (XLIII, 26).

3) Recht der Forderungen, §. 270.

Bedürfniß des Instituts in den heutigen Rechtszuständen. Wie man sich dasselbe bei der Abfassung des A. L. R. gedacht habe, ist unbekannt; es hätte ohne Nachtheil ganz übergangen werden können. Nach Pr. R. begründet das Prekarium, außer der possessorischen Klage wegen bittweiser Entziehung der Gewahrsam (§. 185, Bd. I, S. 358), ein obligatorisches Verhältniß, gleich dem des Kommodats, nur mit dem Unterschiede, daß der Verleiher, weil er durch keine Zeitbestimmung gebunden ist, ganz nach Gutbefinden die Sache zurückfordern darf. Der Mangel einer Bestimmung über Art, Zweck und Zeit des Gebrauchs wird als unterscheidendes Kennzeichen des Prekariums von dem Kommodate angesehen, auch wird der Prekarist, zum Unterschiede von dem Leiher, für einen bloßen Inhaber erklärt[4]).

3. Depositum.

A. L. R. I, 14 §§. 9—108.

§. 647.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Depositum, Verwahrungs- oder Hinterlegungskontrakt ist nach R. R. das Hingeben einer beweglichen Sache in eines Andern Gewahrsam, zur unentgeltlichen Aufbewahrung bis zur beliebigen Wiederabholung[1]); nach Pr. R. aber kann die Sache auch eine unbewegliche sein und für die Aufbehaltung kann eine Vergeltung verabredet werden. II. Die Erfordernisse sind: 1. Ueberlieferung der Sache; das Geschäft ist mithin ein Realkontrakt[2]). Die Sache kann eine bewegliche oder unbewegliche[3]), eine eigene des Niederlegers oder eine fremde[4]), selbst ein

---

4) I, 21, §§. 231, 232. — Aus dem Mangel einer besondern Bestimmung über die Art des Gebrauchs darf nicht geschlossen werden, daß der Prekarist einen ungewöhnlichen und sachwidrigen Gebrauch machen dürfe. Dieser Mangel unterscheidet mithin das Prekarium nicht von dem Kommodate. Dasselbe läßt sich von dem Zwecke sagen.

1) L. 24, 26 D. depositi (XVI, 3); L. 6, 9 C. eod. (IV. 34).— L. 186 D. de verb. sign. (L. 16).

2) I, 14, §§. 9 u. 10. — §. 3 J. quib. mod. re (III, 14). — L. 26, §. 2 D. depositi.

3) §§. 90, 91 a. a. O. War unter den Civilisten streitig.

4) §§. 68, 69 das. — L. 1, §. 39, L. 31, §. 1 D. eod.; L. 9 C. de pignor. act. (IV, 26).

Eigenthum des Verwahrers [5]) sein. 2. Der Empfänger muß die Sache bloß aufbehalten, d. h. in seinem Gewahrsam, wo sie hinterlegt worden, dulden und zu seiner Zeit wieder zurücknehmen lassen sollen; seine Verbindlichkeit muß mithin wesentlich negativ sein; soll er zu handeln verpflichtet sein, so ist das Geschäft ein Mandat, wenn auch die Verwahrung Hauptzweck ist [6]). 3. Es muß dieselbe individuelle Sache zurückgegeben werden sollen. Werden vertretbare Sachen mit der Abrede niedergelegt, daß Dieselben nur der Gattung nach zurückzugeben, so liegt darin die Erlaubniß zum Gebrauche, und das Rechtsverhältniß wird von da an, wo die Sachen in Gebrauch genommen werden, ein Darlehn [7]). 4. Wird Belohnung versprochen, so soll zwar das Geschäft gleichwohl ein Depositum bleiben, doch aber sollen nicht die Regeln des Depositums hinsichtlich der Haftung für Versehen gelten, vielmehr sollen die Grundsätze von zweiseitigen Verträgen zur Anwendung kommen [8]), die Natur des Rechtsverhältnisses wird also in der That doch verändert, und es giebt dann ein Miethsverhältniß, welches nur den Namen vom Depositum hat. — Kommt neben dem Realkontrakt eine Schrift (Depositalschein) vor, so hat sie bloß die Bedeutung eines Beweismittels, und die bei der Niederlegung getroffene mündliche Verabredung bleibt gültig, ohne daß dagegen der Einwand der mündlichen Nebenabrede stattfindet [9]); nur die später getroffenen mündlichen Abreden gelten nicht.

§. 648.

b) Verbindlichkeiten.

I. Der Verwahrer ist verbunden: 1. die Sache bei sich durch die bestimmte Zeit aufzubehalten, aber auf Verlangen des

5) §. 79 a. a. O. Anders nach G. R. L 15, L. 31, §. 1 D. depositi (XVI, 3). — L. 45 pr. D. de reg. juris (L. 17).

6) §. 9 a. a. O. im Worte: aufbehalten. L. 1, §§. 11—13 D. depositi. — Eine unrichtige Auffassung liegt der Entscheidung des Rechtsfalles in Simon's Rechtsspr. Bd. I, S. 434 zu Grunde.

7) §§. 82—84 d. T. — Nach R. R. wird noch unterschieden, ob nur Rückgabe in genere ausbedungen oder gleich bei der Niederlegung der Gebrauch ausdrücklich erlaubt worden. Im heutigen R. fällt der Grund davon weg. Recht der Ford. §. 271, Nr. 4.

8) §§. 9, 17, 48 a. a. O. Nach R. R ist das Geschäft schlechthin Miethe. L. 1, §. 8, L. 10 D. depositi.

9) §. 10 a. a. O. Ebenso nach L. 26, §. 2 D. eod.

Niederlegers auch schon früher zu jeder Zeit zurückzugeben [1]), wenn nicht ausdrücklich zu Gunsten des Verwahrers die Zeitbestimmung verabredet ist [2]). Der Ort der Niederlegung ist auch der der Zurücknahme, ausgenommen, wenn der Verwahrer seinen Aufenthaltsort verändert und der Niederleger vorher, auf die ihm gewordene Benachrichtigung, die Sache nicht abgeholt hat; nimmt in diesem Falle der Verwahrer die Sache zur Sicherheit mit, was er, außer dem Falle der Noth (4), zu thun nicht schuldig ist, indem er wegen veränderter Umstände schon vor der Zeit sich durch gerichtliche Deposition befreien kann: so muß der Verwahrer die Fortschaffungskosten tragen und die Sache an dem neuen Orte zurücknehmen [3]). Einem Dritten darf, wenngleich er Eigenthümer ist, die Sache ohne Genehmigung des Niederlegers nicht herausgegeben werden [4]). 2. Die Sache ungebraucht liegen zu lassen [5]). Weil der Verwahrer die Sache nicht zu seinem Vortheile haben will, so ist er bloßer Inhaber [6]). 3. Den ihm nach Maßgabe der Verabredung obliegenden Grad von Fleiß in der Aufbewahrung (§§. 468, 469) anzuwenden und den durch Vernachlässigung desselben entstandenen Schaden zu ersetzen. In dieser Beziehung kommen einige besondere Beweisregeln (§. 470) zur Anwendung. 4. Wenn es die Noth erfordert, ist er befugt und schuldig, die Art und den Ort der Aufbewahrung zu verändern, wenn es ohne eigene Gefahr für Person und Vermögen geschehen kann; ist gleichwohl die niedergelegte Sache mit Verlust oder Schaden an eigenen Sachen gerettet, so hat der Verwahrer dafür Ersatz bis auf den Belauf der geretteten Sache zu fordern [7]). II. Wegen dieser Forderungen hat der Niederleger die actio depositi directa. 1. Die Regel, daß ein Dritter aus einem Rechts-

---

1) §. 54 d. T. — L. 1, §§. 22, 45, 46 D. eod. — L. 11 C. eod.

2) §. 55 a. a. O. — L. 1, §§. 45, 46 D. eod.

3) §§. 73—75 a. a. O. — L. 12 pr. §. 1 D. eod.

4) §§. 24, 25 a. a. O. L. 26 pr.; L. 1, §. 39; L. 31, §. 1 D. eod. — L. 8 C. ad exhib. (III, 42).

5) §§. 80, 89 d. T. Nach R. R. wird dadurch ein furtum usus begangen. §. 6 J. de obl. quae ex delicto (IV, 1). Das neue Strafgesetzbuch §. 225 bestraft den Verbrauch als Unterschlagung; der Gebrauch ist nicht mehr strafbar, wenn er nicht als Versuch des Verbrauchs angesehen werden kann.

6) Der §. 35 d. T. bedient sich des Ausdrucks „Besitz" aus Ungenauigkeit; es soll Gewahrsam heißen. Vergl. L. 17, §. 1 D. depositi (XVI, 3).

7) §§. 15, 81, 20—23 a. a. O. — Nach G. R. ist hierin große Meinungsverschiedenheit.

verhältnisse, zu welchem er nicht als Interessent zugezogen worden, nicht klagen kann (§. 570), hat auch bei dieser Klage, nach Pr. R., keine Ausnahme[8]). 2. Auch gegen einen dritten Inhaber außer den Erben des Verwahrers, namentlich gegen einen After-Verwahrer, kann der Niederleger, als solcher, nach Pr. R., nicht klagen[9]). 3. Inhalt der Forderung ist: a) die niedergelegte Sache nebst Zuwüchsen und Früchten[10]) oder Ersatz des Werths[10a]), b) das Interesse wegen Verschlechterungen, und c) bei vertretbaren Sachen im Falle der Mora Zögerungszinsen[11]), im Falle des unerlaubten Gebrauchs Strafzinsen, von der Niederlegung an, nach dem, dem Niederleger erlaubten, höchsten Satze[12]). Die mit der auf Dolus gegründeten Verurtheilung des Beklagten auf diese Klage nach R. R. verknüpften nachtheiligen Folgen, bezüglich auf die bürgerliche Ehre, fallen heutzutage weg; an deren Stelle treten, nach Bewandtniß der Sache, öffentliche Strafen[13]). 4. Ein handlungsunfähiger Depositarius kann nicht mit dieser Klage, sondern nur mit der condictio sine causa, oder im Falle des Betrugs mit der actio doli, oder, wenn die Sache noch in Natur und unterscheidbar vorhanden ist, mit der Eigenthumsklage belangt werden[14]). 5. Einwendungen gegen die direkte Depositalklage sind nicht zuläßig, als allein die exceptio doli (das Retentionsrecht) wegen der rechtlich begründeten Gegenforderungen des Depositarius für Verwendungen und durch die Sache erlittenen Schaden[15]), welche Forderungen auch in Form der Gegen-

---

8) Nach R. R. wird eine solche Ausnahme von Vielen behauptet, wegen L. 1, §. 11, L. 26 pr. D. eod., u. L. 8 C. ad exhib. (III, 42). S. jedoch Recht der Ford. §. 272, II.

9) Auch Dieses behauptet man nach R. R., wegen L. 16 D. depositi und Paul. Sent. rec. II, 12, §. 8 in Coll. LL. Mos. et Rom., X, §. 7.

10) §. 41 d. T. — L. 1, §§. 23, 24; L. 28 D. depositi. — L. 38, §. 10 D. de usuris (XXII, 1).

10a) Dieser kann, wenn die Sachen verschlossen oder versiegelt niedergelegt und Schloß oder Siegel bei dem Verwahrer eröffnet oder verletzt worden sind, in Ermangelung anderer Beweismittel, durch das s. g. juramentum quasi Zenonianum des Niederlegers, bewiesen werden (s. o. §. 473 a. E.), wenn der Verwahrer nicht einen Zufall beweisen kann (§. 470).

11) §. 72 a. a. O.; I, 7, §. 232. — L. 2 C. depositi (IV, 34).

12) I, 14, §. 87. — L. 3, 4 C. eod. — L. 28 D. eod.

13) Strafgesetzbuch §. 225. — L. 10 C. eod.; L. 1, 6, §. 6 D. de his qui not. (III, 2).

14) §§. 56, 57 a. a. O. — S. o. §. 642, Nr. 1.

15) §§. 76 u. 77 a. a. O. Ist nach G. R. bestritten, aber nach Pr. R.

klage, mittelst der actio contraria, geltend gemacht werden können, doch nicht müssen. Die Kompensation, wenn auch der Werth der Sache gefordert wird, ist schlechthin unstatthaft (§. 583, Nr. 1); desgleichen die Einrede, daß der Niederleger kein Recht an der Sache habe[16]); sowie die, daß der Verwahrer selbst Eigenthümer sei[17]), nur muß man diese Frage nicht, wie die Verfasser des A. L. R. gethan haben, von dem Standpunkte des Zurückbehaltungsrechts auffassen. III. Der Niederleger ist schuldig: 1. dem Verwahrer die Sache zur bestimmten Zeit, in Ermangelung einer Zeitbestimmung sogleich auf Verlangen des Verwahrers, und noch vor der bestimmten Zeit auf dessen Verlangen, wenn derselbe unverschuldet außer Stand kommt, die Sache mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachtheil zu behalten, abzunehmen; ist Belohnung ausbedungen, so ist der Niederleger nur wegen solcher Veränderung in den Umständen, die bei der Niederlegung nicht vorauszusehen waren, die Sache vor der Zeit zurückzunehmen schuldig und die durch die anderweite Niederlegung entstehenden Kosten auf die Belohnung anzurechnen berechtigt[18]); 2. den durch sein auch nur geringstes Versehen dem Verwahrer verursachten Schaden und die von ihm gemachten nothwendigen oder genehmigten Verwendungen zu erstatten[19]); 3. demselben die Belohnung zu zahlen, welche ihm gebührt: a) wenn sie ausbedungen, b) wenn ein Preis gesetzlich bestimmt ist, wie bei der gerichtlichen Deposition, c) wenn der Verwahrer dergleichen Geschäfte gewerblich betreibt[20]). Wegen dieser zufälligen Forderungen hat der Verwahrer, außer der exceptio doli, die actio contraria. IV. Kommen auf einer Seite mehrere Interessenten oder mehrere Erben der ursprünglichen Partei vor, so werden die allgemeinen Regeln von der Korrealität (§§. 517—519) angewendet. Auf der Seite des Deponenten ist dabei nichts Besonderes; nach getheilter Erbschaft legitimirt

---

noch um einen Grund mehr richtig, weil der Depositar im Falle der Noth gezwungen ist, Verwendungen zu machen.

16) §§. 68, 69 a. a. O. — L. 31 §. 1 D. depositi (XVI, 3).

17) §§. 78, 79 das. — Die Besorgniß eines Verlustes ist Grund zur gerichtlichen Niederlegung (Arrest).

18) §§. 46—49 a. a. O. — Wird die Sache nicht abgenommen, so kann der Verwahrer, wie gewöhnlich, gerichtlich deponiren. §§. 50—53.

19) §. 42 a. a. O. — L. 23, 12. pr. D. depositi (XVI, 3). Siehe oben §§. 468, 469.

20) §. 76 a. a. O.; I, 13 §. 74. Ist dem R. R. unter dem Titel des Depositums fremd.

auch hier der Depositalschein den innehabenden Miterben[21]). Bei mehreren Verwahrern haften für die durch den Kontrakt begründeten Verbindlichkeiten gleichfalls Alle in solidum; Jeder aber besonders für die Folgen seines Dolus[22]). Bei mehreren Erben des Verwahrers ist die vererbte Verbindlichkeit wohl zu unterscheiden von der Eigenen, welche die Erben durch Fortsetzung der Verwahrung persönlich kontrahiren. Hinsichtlich der Erstern gelten durchgehends die Grundsätze über Nachlaßschulden (§§. 521, 522); bezüglich auf die Andere hingegen haftet hauptsächlich Derjenige, welcher das Depositum zur fernern Aufbewahrung an sich genommen hat; die übrigen Miterben sind nach Maßgabe ihres bei der Auswahl des Substituten begangenen Versehens subsidiarisch verantwortlich[23]), so daß sie, wenn Jener eigenmächtig gehandelt hat, für dessen Dolus nicht einstehen. Veräußert der Erbe die Sache redlicher Weise, so soll der Niederleger sich mit dem gelösten Kaufgelde nicht begnügen, sondern den Werth der Sache zur Zeit der Niederlegung fordern dürfen[24]).

§. 649.

c) Besondere Arten des Depositums.

I. Das s. g. depositum miserabile oder necessarium, d. i. ein solches Depositum, welches durch plötzlich entstandene dringende Gefahr, z. E. Feuers-, Wassers- oder Kriegsgefahr, veranlaßt ist, findet sich zwar erwähnt, doch ist dabei weiter nichts Besonderes, als daß der Deponent nur für ein mäßiges Versehen haften soll[1]), und daß ein Unfähiger auch außer dem Falle des Dolus (§. 648, II, 4) auf Erstattung des Werths condictione sine causa belangt werden kann, wenn er die Sache verzehrt oder veräußert hat[2]). II. Das s. g. depositum irregulare ist im Pr. R. angemessen vereinfacht, denn es findet sich als ein eigen-

---

21) §§. 63—66 d. T. u. I, 17 §. 152. S. o. §. 523.

22) I, 5 §§. 435, 438. — L. 1 §. 43 D. eod. — S. o. §. 518.

23) I, 14 §§. 60, 61. Die Bestimmung ist ganz folgerecht.

24) §. 62 das. — Anders nach L. 1 §. 47, L. 2, 3 D. eodem.

1) §. 43 a. a. O. — Vergl. L. 1 §§. 1—4, L. 18 D. eod. Im R. R. bestand der Unterschied darin, daß der Depositar, wenn er ableugnete, das Doppelte bezahlen mußte. §. 26 J. de act. (IV, 6); L. 2 §. 1 D. depositi.

2) §. 58 a. a. O. Die actio depositi findet nie statt, weil der Kontrakt als solcher nicht gültig zu Stande gekommen ist.

thümliches Geschäft nur in dem einen Falle noch, wo der Niederleger dem Verwahrer erlaubt, die deponirte Sache, wenn ihm solches beliebt, zu gebrauchen. In dem Augenblicke, wo der Verwahrer davon Gebrauch macht, geht eine Verwandlung des Rechtsverhältnisses vor: aus dem Depositum wird Kommodat und beziehlich Darlehn[3]). III. Die Sequestration (sequestrum, sequestre), d. h. Verwahrung eines streitigen Gegenstandes durch einen von den Streitenden oder in deren Namen durch den Richter bestellten Dritten, ist eine Art Arrest, und verbindet den Verwahrer, den Gegenstand im Namen Desjenigen, der von ihnen als der wahre Berechtigte durch eine bestimmte Begebenheit bezeichnet werden wird, bis dahin aufzubewahren und dann an ihn herauszugeben[4]). Der Streit muß eben nicht ein Prozeß sein[5]); ist Dieses, so kann der Richter selbst Sequester werden. Die besondere Natur der Sequestration bestimmt sich nach Beschaffenheit des Vertrags: es kann reines Depositum, es kann Mandat, es kann Verwaltung, es kann Miethe sein. Gegenstand können Personen wie Sachen, bewegliche und unbewegliche Sachen sein[6]). Man unterscheidet seq. voluntaria, wenn sie auf freier Uebereinkunft der Parteien beruhet (Note 5), und seq. necessaria, wenn sie der Richter anordnet[7]); der Unterschied ist nur nominell. Der Fall einer als Arrest gerichtlich angeordneten Sequestration setzt einen Anspruch auf den Besitz der Sache voraus[8]). Die aus dem mit dem Sequester geschlossenen Kontrakte entspringende Klage erhält den Beinamen „sequestraria“[9]). Die Parteien gelten für die eigentlichen Kontrahenten, wenn auch der Richter den Sequester bestellt.

---

3) §§. 82—84 a. a. O. Ueber das R. R.: Recht der Ford. §. 276. Wenn die nach der K. O. v. 11. Feb. 1832 (G. S. S. 61) baar zu erlegenden Amtskautionen der Staatsbeamten in der That unvermischt mit andern Staatsgeldern bleiben, so sind sie wirkliche Deposita. Ulrich, Arch. 1838, S. 336 ff.

4) §. 92 a. a. O. — L. 110 D. de verb. signif. (L. 16); L. 6, 17 D. depositi.

5) M. s. I, 11 §. 579. Auch als Exekutionsmittel wird die Sequestration angewendet. S. o. §. 202, Bd. I, S. 387.

6) I, 14 §§. 103, 104.

7) Ein Beispiel: I, 7 §. 160, u. A. G. O. I, 46, §. 30 a. E.

8) I, 14 §§. 92, 94. — A. G. O. I, 29 §. 49 Nr. 2.

9) L. 12 D. depositi (XVI, 3).

4. Pfandkontrakt.

A. L. R. I, 20. — **Streit**, de contractu pigneratitio. Erf. 1703.

§. 650.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Der Pfandkontrakt (pignus, contractus pigneratitius) besteht in der Uebergabe einer Sache in der Absicht, den Empfänger dadurch wegen einer Forderung an den Geber oder einen Dritten zu sichern und nach dessen Befriedigung dieselbe Sache wieder zurückzuempfangen. Er ist ein Realkontrakt und bedarf keiner schriftlichen Form zu seiner Gültigkeit, ohne Unterschied des Gegenstandes; ist dieser eine unbewegliche Sache, so ist nur zur Beglaubigung bei dem Grundbuche die Schrift mit beglaubigter Unterschrift erforderlich [1]). Kommt neben dem Realkontrakt nicht noch eine schriftliche Urkunde über die Verabredung vor, so kann der Pfandnehmer kein dingliches Recht an der unbeweglichen Sache erwerben. II. Zur Begründung der Obligation aus dem Pfandkontrakte ist lediglich die Hingabe der Sache in der Absicht, sie zu verpfänden, erforderlich. Die Uebergabe ist die Form der Eingehung des Kontrakts und zugleich die Erwerbungsart für das dingliche Recht. Deshalb wird durch die bloße Verabredung, wenn die Sache in der Gewahrsam des Pfandbestellers gelassen wird, um sie im Namen des Gläubigers zu besitzen, nichts gewirkt, wie auch sofort die Aufhebung des Rechtsverhältnisses eintritt, wenn die Sache in die Gewahrsam des Pfandgebers, damit er sie im Namen des Gläubigers besitzen solle, zurückgegeben wird [2]).

---

1) I, 20 §§. 93, 94. Die Bestimmungen der §§. 99, 100, 103, welche für Immobilien die schriftliche Form vorschreiben, beziehen sich auf die Erwerbung des jus in re (Pfandrechts), nicht auf die Obligation aus dem Realkontrakt. S. den folg. §. 651.

2) §§. 104 u. 105 a. a. O. Das Pr. des Otr. 1487, v. 18. Sept. 1844, ist merkwürdig. Es lautet: „Der §. 105 findet keine Anwendung, und die nach §. 104 erforderliche Uebergabe ist als geschehen zu betrachten, wenn auch der Eigenthümer des Pfandobjekts, welcher solches dem Schuldner der Forderung, für welche dasselbe als Pfand dienen sollte, zu diesem Zwecke ausgehändigt hatte, in der Eigenschaft eines Vertreters des eigentlichen Gläubigers der Forderung dasselbe in Empfang genommen und besessen hat." Der darin enthaltene einfache Satz heißt: ein Vormund kann Namens des Mündels mit sich selbst kontrahiren, oder eine Person kann mit sich selbst einen Kontrakt schließen.

1. Der Geber kann nicht bloß der Schuldner der sicherzustellenden Forderung, sondern auch ein Anderer sein, ohne daß hierdurch eine Aenderung in der rechtlichen Natur des durch den Kontrakt gegründeten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien entsteht, namentlich ist in keiner Beziehung die Verpfändung wegen der Schuld eines Dritten für den Pfandnehmer eine Freigebigkeit [3]). 2. Die Sache muß nicht nothwendig im Eigenthume des Gebers, sie kann auch eine fremde sein, sie kann selbst dem Pfandnehmer gehören, wenn nur der Geber Besitzrechte daran hat [4]), weil dann Diese der Gegenstand der Verpfändung sind. 3. Das Dasein einer Forderung, welche durch die Verpfändung gesichert werden soll, ist kein wesentliches Erforderniß, der Kontrakt ist mithin nicht null, wenn die Forderung zur Zeit der Kontraktsschließung fehlt, oder hinterdrein wegfällt [5]); sie kann auch als künftig gedacht werden. Die Folge des Mangels der vorausgesetzten Forderung ist im Gegentheil, daß die actio pignoratitia in Wirksamkeit tritt. Das pactum de pignore dando hat gar keine Besonderheiten.

§. 651.

b) Verbindlichkeiten.

Bei dem Pfandkontrakte ist das durch die Verpfändung unter den gehörigen Voraussetzungen entstehende dingliche Recht (Pfandrecht) des Pfandnehmers an der Sache wohl zu trennen von dem obligatorischen Verhältnisse, welches zwischen dem Pfandgeber und dem Pfandnehmer aus dem Kontrakte entspringt. Die dadurch begründete Hauptobligation steht dem Pfandgeber als Gläubiger zu, verbindet den Pfandnehmer zur Zurückgabe der Sache, ist nicht accessorisch, vielmehr von dem Dasein oder der Gültigkeit einer andern Forderung ganz unabhängig, und wird mit der actio pignoratitia directa geltend gemacht. Die möglichen Gegenforderungen des Pfandnehmers aus diesem Verhältnisse, nicht zu

---

3) §. 122 a. a. O. — L. 2 D. quae res pignori (XX, 3); L. 11 C. de distract. pignor. (VIII, 28).

4) Nach L. 33 §. 5 D. de usurpat. (XLI, 3); L. 45 D. de reg. jur. ist es anders, weil das R. R. den bloßen redlichen Besitz nicht für ein Vermögensrecht hält.

5) L. 11 §. 2 D. de pignor. act. (XIII, 7). Nur das Pfandrecht ist durch die Forderung bedingt.

verwechseln mit der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt worden ist und welche nothwendig einen andern Grund hat, sind zufällig und werden mit der actio p. contraria eingefordert, wenn sie nicht durch Exception (exc. doli, Retentionsrecht) geltend gemacht worden sind. Für diese Gegenforderungen haftet das Pfand (das jus in re) niemals ohne ganz ausdrückliche besondere Verpfändung [1]). I. Der Pfandnehmer hat folgende Verbindlichkeiten: 1. Er muß die Sache aufbewahren und, wenn nöthig, verwalten, wobei er für ein mäßiges Versehen haftet [2]). In dieser Beziehung macht es keinen Unterschied, wenn ein Anderer als der Schuldner das Pfand bestellt [3]). 2. Er muß sich des Gebrauchs und der Benutzung der Sache enthalten oder den dadurch genossenen Vortheil, nach richterlichem Ermessen, erstatten und selbst für den Zufall, der sonst die Sache nicht betroffen haben würde, einstehen [4]). 3. Er darf das Pfandstück nicht weiter versetzen [5]). 4. Er muß die zum Pfande angenommene fruchttragende Sache verwalten und die nach Abzug der Verwaltungskosten verbleibenden Ueberschüsse zuerst auf die vorbedungenen Zinsen und dann auf den Hauptstuhl seiner Forderung abrechnen. Für die Verwaltung hat er keinen Lohn zu fordern und durch die Annahme des nutzbaren Pfandes willigt er in jährliche Theilzahlungen, soweit die Ueberschüsse reichen [6]). Daher können Verzugszinsen in der Regel nicht vorkommen. Sind Zinsen nicht ausbedungen, so liegt in der Verpfändung einer nutzbaren Sache kein Grund, landübliche Zinsen anzurechnen [7]), weil der Pfandkontrakt diejenige Forderung, welche gesichert werden soll, nicht berührt, mithin weder einschränkt noch erweitert. Die Abrechnung

---

1) I, 20 §§. 80, 81; 488, 489.

2) §§. 121, 122 das. — L. 3 §. 1, L. 15 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 5, 8 C. eod. (IV, 24); L. 19 C. de pignorib. (VIII, 14).

3) §§. 121, 122 a. a. O. Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber. Madihn, Commentat. creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. Hal. 1764.

4) §§. 124, 131; I, 3 §. 13. Vergl. I, 14 §. 85; I, 21 §. 251. S. o. §. 466. L. 30 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 6, 9 C. eod.; L. 54 pr. D. de furtis (XLVII, 2); §. 6 J. de obl. quae ex delicto (IV, 1).

5) §§. 127, 131, 136—138 a. a. O. Anders nach L. 1 C. si pignus pignori (VIII, 24).

6) §§. 139, 140, 142, 151 a. a. O.

7) Ist nach G. R. streitig, wegen L. 8 D. in quibus causis pignus (XX, 2).

muß jährlich, anzufangen mit dem Anfangstermine des Zinsenlaufs, bei unverzinslicher Schuld mit dem Empfange der Sache, abgeschlossen werden, wenngleich der Pfandgeber erst am Ende der Verwaltung Rechnungslegung fordern kann; er kann sie aber jährlich fordern, wenn die Sache ein Haus, ein Landgut, ein Inbegriff nutzbarer Sachen, ein Grundstück oder eine Gerechtigkeit von nicht ganz geringem Ertrage ist[8]). Sobald die Schuld getilgt ist, muß der Pfandinhaber solches dem Pfandgeber anzeigen[9]). 5. Er muß, wenn die Hauptschuld mit Zinsen getilgt und er wegen seiner Gegenforderungen befriedigt ist, die Sache mit den Zuwüchsen und Früchten[10]) zurückgeben[11]), die sich angemaßten Vortheile vergüten[12]) und die durch sein Versehen (Note 4) verursachten Verschlimmerungen ersetzen[13]). Sind mehrere einzelne Sachen, jede zu einem bestimmten Werthe, für eine Schuld verpfändet und der Pfandnehmer muß auf richterliche Anordnung Theilzahlungen annehmen, so ist er schuldig, einen verhältnißmäßigen Theil, welchen er auszuwählen hat, von den Pfandstücken zurückzugeben[14]). 6. Er muß, wenn das Pfand verkauft worden ist, den Ueberschuß (hyperrocha) mit den etwa davon gewonnenen Zinsen, und beziehlich mit Verzugszinsen vom Tage des Empfanges des Kaufgeldes, an den Pfandgeber ausliefern[15]). II. Gegen die dieserhalb dem Pfandgeber zustehende actio pigneratitia directa findet nur die exceptio doli (das Retentionsrecht) wegen der dem Pfandnehmer aus demselben Pfandgeschäfte zustehenden Gegenforderungen statt; wegen anderer For-

---

8) §§. 144—146 a. a. O. Man nennt dergleichen Rechnung Staffelrechnung.

9) §. 147 a. a. O. Gemeinrechtlich kennt man nur den Fruchtgenuß statt der Zinsen.

10) §§. 147—149, 191 das. — L. 18 §. 1; L. 22 §. 2 D. de act. pignorat. (XIII. 7); L. 13 pr., L. 29 §. 1 D. de pignor. (XX, 1); Tit. C. de partu pignor. (VIII, 25).

11) §. 159 a. a. O. Nicht der Schuldner, wie es dort heißt, sondern der Verpfänder hat die Rückgabe zu fordern.

12) §. 124 a. a. O. — L. 22 pr. §. 1 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 21 §. 3 D. de pignor. (XX, 1).

13) §§. 188, 189, 184—186 das. — L. 24 §. 3 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 3 §. 7 C. eod. (IV, 24); §. 4 J. quib. mod. re (III, 15).

14) §§. 174—176 a. a. O. Nicht so nach R. R. L. 19 D. de act. pign. (XIII, 7); L, 16 C. de distract. pignor. (VIII, 28); L. 1 C. de luit. pignor. (VIII, 31); L. 1, 2 C. si unus ex plurib. hered. (VIII, 32).

15) §§. 212, 219, 220 a. a. O. — L. 6 §. 1, L. 7, 24 §. 2, L. 42 D. de act. pignorat. (XIII, 7). — Richter, de hyperrocha etc. Jenae 1757.

derungen, wofür das Pfand nicht gegeben worden, ist sie nicht zulässig[16]). Unzulässig ist ferner der Einwand, daß die Sache einem Dritten oder dem Pfandnehmer[17]) gehöre, gleichwie bei dem Kommodate und dem Depositum. Gegen den Pfandnehmer selbst verjährt das Rückforderungsrecht gar nicht; aber dessen Erbe kann titulo pro herede das Eigenthum der Sache ersitzen[18]), womit denn auch die auf ihn vererbte Kontraktsschuld erlischt. Die Klage geht nicht gegen Dritte[19]). III. Die zufälligen Verbindlichkeiten des Pfandgebers sind: 1. Erstattung der auf die Sache verwendeten nothwendigen Kosten, sowie der Kosten für die Herbeischaffung des vor der Zeit zurückgeforderten Pfandes; wegen bloß nützlicher Verwendungen hat der Pfandinhaber nur die Rechte eines Verwalters fremder Güter[20]); 2. Ersatz des Schadens, welcher durch die Fehlerhaftigkeit der Sache dem Pfandnehmer verursacht worden ist und durch gewöhnliche Aufmerksamkeit des Verpfänders hätte vermieden werden können[21]); 3. Hergabe einer andern tauglichen, die beabsichtigte Sicherheit gewährenden Sache, wenn die übergebene Sache sich als untauglich oder fehlerhaft ausweist, oder von einem Dritten entwährt wird[22]); 4. Zurückgabe des Pfandstücks, wenn er dasselbe ohne Wissen und Willen des Pfandnehmers wieder an sich genommen, oder von demselben bittweise unter Vorbehalt der Zurückstellung erhalten hat[23]); 5. Erstattung Dessen, was der Pfandgläubiger nach dem Verkaufe der Sache dem Käufer zur Gewährleistung für die ihm entwährte Sache hat zahlen müssen[24]), wenn der

16) §§. 171, 173 d. T. Erhebliche Abänderung des R. R. L. un. C. etiam ob chirographariam (VIII, 27).

17) §. 187 a. a. O. — L. 9 §. 4, L. 20 pr., L. 22 §. 2 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 45 pr. D. de reg. jur.

18) §§. 250, 251 das. — Vergl. zur Erklärung dieser Stellen das Ostpr. Prov. R. Zus. 73. Die Verjährbarkeit dieser Klage ist nach G. R. streitig.

19) §§. 185, 186 das. — Ist ebenfalls streitig nach G. R., indem Manche die Klage für in rem scripta halten. Recht der Ford. §. 279, III.

20) §§. 166—168 a. a. O. — L. 8 pr., 25 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 7 C. eod. (IV, 24). — Leyser, Med., sp. 156 m. 4. — Der §. 166 spricht von inpensis necessariis, und §. 167 bezieht sich auf inp. utiles.

21) §§. 169, 170 a. a. O. — L. 31, 16 §. 1 i. f. D. eodem.

22) §. 23 d. T. — L. 16 §. 1; L. 36 pr., §. 1; L. 1 §. 1; L. 9 pr., 31, 32 D. eod.

23) §§. 118, 120 a. a. O. — L. 22 §. 3 D. eod. — L. 4 §. 21 D. de usurpat. (XLI, 3).

24) §. 216 das. — L. 22 §. 4, L. 23 D. eodem.

Gläubiger dieserhalb nicht seine Klage wegen der Hauptschuld, welche insoweit noch ungetilgt ist, gegen den Hauptschuldner gebrauchen will[25]), was ganz von ihm abhängt. — Wegen dieser Forderungen hat der Pfandnehmer die actio pignoratitia contraria.

c) Nebenverträge.

§. 652.

α) Verbotene.

Die Regel, daß die Naturalien eines Rechtsgeschäfts beliebig modifizirt werden dürfen, versteht sich überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das öffentliche Interesse (ein Verbotsgesetz) dadurch verletzt wird. Aus diesem Gesichtspunkte sind folgende Grundsätze zu betrachten: 1. Das Uebereinkommen, daß der Pfandgeber sein Recht aus dem Kontrakte verliere, wenn der Schuldner nicht prompt bezahle (lex commissoria), ist verboten[1]). Auch ein, für solchen Fall im Voraus verabredeter Kaufkontrakt zwischen dem Pfandgeber und dem Pfandnehmer ist unerlaubt[2]), so wie die Verabredung zwischen Pfandgeber und Bürgen, daß der Bürge, wenn er für den Schuldner zahle, das Pfandstück für einen voraus bestimmten Preis käuflich erhalten solle[3]). 2. Der Nebenvertrag, daß der Pfandgeber den Gegenstand nicht veräußern oder noch Andern zum Unterpfande verschreiben dürfe, ist unwirksam[4]). 3. Die Verabredung, daß der Pfandnehmer das Pfandstück nicht solle verkaufen dürfen, wird so ausgelegt, daß die Befriedigung desselben aus den Früchten und Nutzungen erfolgen solle; oder, wenn dieses nach den Umständen nicht die Absicht gewesen sein kann, daß der Verkauf erst im Falle eines Konkurses über das

---

25) L. 12 §. 1 D. de distract. pignorum (XX, 5).

1) §§. 33, 213 d. T. — Nach altem R. R. war das pactum erlaubt, nach neuerem und nach G. R. nicht. Recht der Ford. §. 281 Note 1.

2) §§. 33, 34 das. — S. Rechtsfall in: Klein's Annal. Bd. XVIII, S. 266 ff. — Ist nach G. R. streitig.

3) §§. 33, 35 das. — Auch hierüber ist man nach G. R. nicht einig.

4) §§. 24, 438, 439 a. a. O. — L. 61 D. de pactis (II, 14); L. 135 §. 3 D. de verb. obl. (XLV, 1). Ist nach G. R. streitig und auch nach Pr. R. bestritten worden. S. Reskr. des Justizministers vom 20. Aug. 1841 (Min. Bl. S. 280). Dagegen m. Abh. in dem Schles. Arch. IV, S. 371.

Vermögen des Schuldners stattfinden dürfe [5]), was jedoch die persönliche Klage gegen den Schuldner nicht hindert.

§. 653.

β) Pfandnutzungsvertrag (Antichresis).

Der Vertrag, wonach einem Gläubiger eine nutzbare Sache mit der Bestimmung übergeben wird, sich aus den Nutzungen ohne Rechnungslegung, aber auch ohne Nachforderung bezahlt zu machen (pactum antichreticum, §. 373), ist ein erlaubtes Rechtsgeschäft [6]). Daß die Sache selbst, ihrer Substanz nach, verpfändet werde, ist nicht erforderlich [7]); wesentlich aber ist, wenn nicht bloß auf die Zinsen die Nutzungen gerechnet werden, vielmehr zugleich das Kapital getilgt wird, eine Zeitbestimmung [8]). Gewöhnlich ist dieser Vertrag eine Art des Pfandkontrakts, von welcher Voraussetzung auch die Bestimmungen des A. L. R. ausgehen; doch kann er auch ohne irgend welche Verpfändung geschlossen werden (Note 7) [8a]). I. Erfordernisse zur Gültigkeit sind: 1. eine durch Worte ausgedrückte Uebereinkunft, daß der Gläubiger sich aus den Nutzungen der Sache bezahlt machen und zur Rechnungslegung nicht verpflichtet sein solle [9]); 2. richterliche Bestätigung [10]), welche durch den Richter der Sache, oder durch den persönlichen Richter des Pfandgebers, oder durch den Richter des Orts, wo der Vertrag geschlossen wird, mit gleicher Wirkung ertheilt werden kann [11]). Diese Formalitäten fallen von selbst da

---

5) §§. 26, 225, 27 a. a. O. — Nach R. R. ungültig. L. 4, 5 D. de act. pignor. (XIII, 7).

6) §. 227 das. — L. 11 §. 1 D. de pignor. (XX, 1); L. 3 C. quod cum eo (IV, 26); L. 14 C. de usuris (IV, 32).

7) §. 225 a. a. O. — L. 11 §. 1 D. de pignor. et hypoth. (XX, 1).

8) §. 242 ebenda. Sonst muß Rechnung gelegt werden.

8a) A. M. ist ein Senat des Obtr., nach der Senats-Entscheidung Nr. 17, Bd. XIII, S. 237; doch tritt der Zweck des Gesetzes — Verhütung des Wuchers — so ohne als mit einer Pfandbestellung ein. — Nach G. R. ist darüber kein Zweifel. Das A. L. R. enthält nichts Neues.

9) §§. 139—141, 226, 227 das. — Nach G. R. nehmen Manche eine stillschweigende Eingehung an. Man beruft sich dafür auf L. 8 D. in quib. caus. pignus.

10) §§. 227, 235, 236, 238 a. a. O. — Ges. v. 23. April 1821, §. 4 (G. S. S. 43). Dadurch sind die verschiedenen Meinungen über die anzuwendenden Grundsätze zur Verhütung des Wuchers beseitigt.

11) §§. 233, 234 das. — Die andern Richter außer dem der Sache müssen sich durch Vorlegung der erforderlichen Nachrichten in den Stand setzen lassen,

weg, wo die ganze Verbindlichkeit auf Freigebigkeit (Schenkung) beruht, weil dabei von Wucher oder Uebermaaß in dem Gebührniß des Beschenkten gar keine Rede sein kann (Note 8ª). Dagegen wird das Erforderniß der richterlichen Mitwirkung und Bestätigung dadurch allein, daß zwei verschiedene Urkunden unter denselben Kontrahenten, z. B. ein Darlehnskontrakt und ein Pachtkontrakt, wobei der Darlehnsgeber zugleich der Anpächter des Grundstücks ist, noch nicht überflüssig. Vielmehr muß nach den Umständen beurtheilt werden, ob nicht dennoch ein bloßer antichretischer Vertrag bezweckt worden sei; und wenn aus diesen, z. B. der Uebereinstimmung des Zinsenbetrages mit dem Pachtgelde, der Gleichheit der Kündigungsfrist rc. geschlossen werden kann, daß nichts Anderes bezweckt worden, als daß die unberechneten Nutzungen des Grundstückes die Stelle der Zinsen des dargeliehenen Kapitals vertreten sollen: so müssen beide Verträge als ein Ganzes betrachtet und als eine Antichresis behandelt werden[12]). II. Hinsichtlich der Erhaltungs- und Verbesserungskosten, sowie der Verschlimmerungen, gelten die Grundsätze des Pachtverhältnisses, welchem die Pfandnutzung sehr ähnlich ist; soll der Pfandnutzer Verbesserungen bewirken, so kann er sich von der Verbindlichkeit durch Aufgebung seines Nutzungsrechts nicht befreien[13]), wenn er sich auch für bezahlt erklären wollte. III. Das Klagrecht ist die Pfandkontraktsklage, wenn aber die Sache nicht verpfändet, die Klage aus einem unbenannten Kontrakte (do ut facias)[14]).

---

die Sache zu beurtheilen. Diese Vorschrift hat jedoch nur die Natur der Geschäftsinstruktion. Uebersteigt, nach dem vorgelegten Ertragsanschlage, der reine Ertrag die erlaubten Zinsen um mehr als ein Drittel, so soll der Richter die Bestätigung versagen; hängt aber der Ertrag von Zufälligkeiten ab, so ist das Geschäft für ein gewagtes anzusehen und der Vertrag zu bestätigen. §§. 228 bis 232.

12) Pr. des Otr. 1218, v. 5. November 1842.

13) §§. 238, 239 a. a. O. — Manche gemeinrechtliche Civilisten wollten die Grundsätze vom Nießbrauche analog anwenden, z. E. Leyser, sp. 157 m. 7–9.

14) L. 33 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 11 §. 1 D. de pignoribus (XX, 1).

§. 654.

d) Pfandleih-Gewerbe.

A. L. R. I, 20 §§. 263—270. Pfand- und Leihreglement für die sämmtlichen Preuß. Staaten, v. 13. März 1787 (N. C. C. de 1787, S. 781; Rabe, Sammlung, Bd. I, Abth. 7, S. 560). — Reglement v. 18. Juli 1801 (N. C. C. Tom. XI, S. 393; Rabe, Bd. VI, S. 554). — Deklaration v. 4. April 1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1679; Rabe, Bd. VII, S. 417). — Reskr. v. 17. Okt. 1791 (N. C. C. Tom. XI, S. 227; Rabe, Bd. II, S. 194). — Kab.-Ordre v. 28. Juni 1826, betr. die Grundsätze für die öffentlichen städtischen Leihanstalten (G. S. S. 81). — K. O. v. 25. Febr. 1834, betr. die Bestätigung eines Königl. Leihamts für Berlin, nebst Reglement für dasselbe (G. S. S. 23). — Salmasius, de montibus pietatis. 1640. — Marperger, montes pietatis oder Leih-Assistenz- oder Hülfshäuser. 1760. — v. Berg, Handbuch des Polizeirechts, S. 379 ff.

Das Gewerbe des Geldverleihens auf Pfänder darf nicht ohne ausdrückliche und besondere Erlaubniß der Ortspolizeiobrigkeit unternommen werden. Wer mehr als dreimal im Jahre Geld gegen Pfand verleihet, oder wer auch nur bei einem einmal gemachten Darlehne die den öffentlichen Pfandleihern erlaubten Zinsen verlangt oder angenommen hat, gilt für einen gewerbsmäßigen Geldverleiher auf Versatz [15]). Die obrigkeitliche Erlaubniß zum Betriebe dieses Gewerbes giebt die Befugniß, höhere als die landüblichen Zinsen, nach Verschiedenheit der Summen und der Zeit, zu nehmen, und sich ohne prozessualische Weitläuftigkeiten, durch gerichtlichen Verkauf der Pfänder bezahlt zu machen [16]). Den Ueberschuß erhält, wenn der Versetzer sich binnen einer bestimmten Zeit nicht meldet, die Ortsarmenkasse. Dieses Verkaufsverfahren ohne vorherige Pfandklage ist jedoch bedingt durch genaue und richtige Führung des Pfandbuchs nach einem vorgeschriebenen Schema, und Ertheilung eines Extrakts daraus als Pfandschein an den Versetzer. Ist dabei Unregelmäßigkeit, oder ein Geschäft nicht vorschriftsmäßig eingetragen, so findet gegen die betroffenen Verpfänder nur der gewöhnliche Rechtsweg statt,

---

15) I, 20 §§. 263—267. Zu seinem Nachtheile nämlich, die Vortheile erwirbt er dadurch nicht.

16) Die Zinssätze und das Verkaufsverfahren sind in den Reglements ausführlich vorgeschrieben.

auch wird dem Verleiher, nach Umständen, die Konzession entzogen oder auch derselbe in Ordnungsstrafe genommen.

II. Forderungen aus Führung fremder Geschäfte oder aus unentgeltlichem Handeln für Andere.

1. Bevollmächtigungsvertrag.

A. L. R. I, 13, §§. 5–227. — Buchner, Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrages nach Röm. Rechte. Landshut 1809.

§. 655.

a. Begriff und Erfordernisse.

I. Die dem R. R. zum Grunde liegende Ansicht, daß gewisse Geschäfte nicht gegen Belohnung übernommen werden könnten, ohne dem Besorger an seiner Würde zu schaden, und daß mithin selbst in der spätern Zeit, wo es üblich geworden war, eine Belohnung unter dem Titel eines Ehrenlohns (Honorar) für die Geschäftsverrichtung zu geben, dieselbe doch nicht mit der aus dem Mandatsverhältnisse entspringenden Gegenklage eingefordert werden konnte, vielmehr durch ein besonderes außergewöhnliches Mittel (persecutio extra ordinem) verfolgt werden mußte [1]), — diese Rechtsansicht hat in der neuern Vergesellschaftung keine Geltung und paßt auch nicht zu den heutigen Rechtseinrichtungen und Zuständen. Die Gesetzgebungen konnten auf zwei Wegen diesen modernen Ansichten und Zuständen den aus dem R. R. aufgenommenen Mandatskontrakt anpassen: entweder behielten sie die Grundsätze des R. R., wonach das Mandat wesentlich eine unentgeltliche Geschäftsübernahme enthält, unverändert bei, und überwiesen mithin alle Geschäftsbesorgungen gegen ausdrücklich oder nach dem Stande des Geschäftsträgers stillschweigend ausbedungene Belohnung den wesentlich zweiseitigen Verträgen (Miethe oder unbenannter Kontrakt) [2]); oder sie veränderten das Wesen des Kontrakts dahin, daß derselbe auch Belohnung als zufällige

---

1) L. 7 D. mandati (XVII, 1); L. 1 C. eod. (IV, 35).

2) Diesen Weg hat das Oesterreichische Civilgesetzbuch genommen. §. 1004. Er ist derjenige, welchen die Römischen Juristen selbst einzuschlagen angefangen hatten.

Gegenforderung zuließ und folglich mit der actio mandati contraria auf Gegenleistung geklagt werden konnte. Diesen Weg ist die Pr. Gesetzgebung gegangen[3]), doch nur in Beziehung auf die Verrichtung oder Schließung von Rechtsgeschäften, unter dem Titel von Vollmachtsaufträgen[4]), wogegen andere Aufträge, wonach der Uebernehmer nicht mit einem Dritten in einen den Auftraggeber verbindenden Verkehr zu treten, also zu seiner Legitimation eine Vollmacht nicht nöthig hat, entweder als Mandate oder als zweiseitige Verträge über Handlungen (unbenannter Kontrakt) gelten, je nachdem sie unentgeltlich übernommen, oder für die Ausrichtung eine Belohnung, sei es ausdrücklich oder nach dem Stande des Uebernehmers auch nur stillschweigend, ausbedungen wird[5]). Sonach versteht das Pr. R. unter dem Mandatskontrakte Zweierlei, nämlich: 1. den Bevollmächtigungskontrakt, d. i. ein Vertrag, wonach Jemand übernimmt, umsonst oder gegen Belohnung, für den Andern und in dessen Namen mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft zu machen; 2. jeden andern zur unentgeltlichen Ausrichtung übernommenen Auftrag. II. Die wesentlichen Erfordernisse sind: 1. Die Absicht des Auftragenden, in ein Rechtsverhältniß zu treten. Das Geben eines Raths, oder die Empfehlung eines Dritten sind mithin keine Art von Mandat und machen nicht verbindlich, wenn nicht ein anderer Verpflichtungsgrund, wie Arglist, Versehen ꝛc., dazu tritt[6]). Befehl (jussus) ist die Form des Mandats an eine dem Auftragenden unterworfene Person, die durch die Ausrichtung des Befehls, den sie nicht ablehnen kann, in kein obligatorisches Verhältniß tritt[7]). 2. Der Uebernehmer muß versprechen, das Geschäft eines Andern zu besorgen, mag dasselbe den Auftraggeber allein, oder ihn und einen Dritten gemeinschaftlich, oder den Auftraggeber

---

3) Auch der Code civil., Art. 1986. Nach der Lehre Vieler, z. C. Boehmer, Doctrina de action. Sect. II, c. VIII, §. 132; Schmidt, Lehrbuch von gerichtlichen Klagen, §. 1039; Entsch. der Ges.-K. v. 26. März 1793 (Klein, XII, 23).

4) §§. 1—6 d. T. — Recht der Ford. §. 285, IV, Bd. III, S. 449 ff.

5) I, 11 §§. 873, 874. — §. 13 i. f. J. de mand. (III, 26 [27]). Darnach ergiebt sich die Beziehung der dem §. 874 scheinbar widersprechenden Bestimmung I, 13 §. 74 von selbst: sie bezieht sich auf Vollmachtsaufträge.

6) §§. 217—221 a. a. O. — L. 2 §. 6, L. 10, §. 7, L. 12 §. 12 D. mandati (XVII, 1): L. 2 D. de proxenet. (L. 14); L. 47 D. de reg. jur. (L. 17); L. 2 D. quod quisque juris (II, 2). — Neustetel, über die Verbindlichkeit des Rathgebers ꝛc. (Arch. für civil. Praxis, Bd. II, No. 4).

7) §§. 324 flg. a. a. O. — S. o. §. 572 No. II.

und den Beauftragten selbst gemeinschaftlich [8]), oder einen Dritten und den Beauftragten gemeinschaftlich angehen [9]). Geht das Geschäft den Beauftragten allein an, so gilt der Auftrag in der Regel als ein Rath [10]). 3. Das Geschäft muß ehrbar und erlaubt [11]), auch ein solches sein, welches nicht in Person zu verrichten ist [12]). 4. Die Geschäftsbesorgung muß unentgeltlich übernommen werden, wenn kein Vollmachtsauftrag gegeben ist (Note 5). — Daß der Auftrag die Ursache der Geschäftsbesorgung sei, ist nach Pr. R. nicht erforderlich, die nachfolgende Genehmigung (§. 130) stellt ein Mandatsverhältniß von Anfang her [13]).

§. 656.

b) Eingehung und Arten.

I. Zur Eingehung ist gemeinrechtlich nur die beiderseitige Einwilligung nothwendig, da das Mandat ein Konsensualkontrakt ist [1]); nach Pr. R. ist jedoch zwischen dem Mandatskontrakte überhaupt und dem Vollmachtsauftrage zu unterscheiden. Der Erstere ist ganz den allgemeinen Regeln von der Form unterworfen und muß mithin, je nach dem Gegenstande und den Eigenschaften des Auftragnehmers — denn dieser ist der Versprechende; der Andere hat bloß zu acceptiren — schriftlich oder gerichtlich geschlossen werden (§§. 550, 554). Der Andere — der Vollmachtsauftrag — macht davon eine eigenthümliche Ausnahme: er wird selbst durch stillschweigende Annahme oder Gebrauch des dem Beauftragten von dem Auftragenden mitgegebenen schriftlichen Ausweises bei dem Dritten (der Vollmacht) rechtsgültig abgeschlossen [2]). Der

---

8) Einen solchen Fall s. Schles. Archiv, Bd. V, S. 434.

9) Hierbei kann der Auftraggeber ein eigenes Interesse haben. L. 6, §. 4, L. 8, §. 6 D. mandati; L. 28 D. de negot. gestis (III, 5).

10) §. 217 d. T. — L. 2 pr. §. 6 D. mandati.

11) §. 20 a. a. O.; I, 6, §. 51 ff. — L. 6, §. 3, L. 22, §. 6 D. eod.

12) I, 13, §§. 18, 19, 31, 41—45; II, 1, §§. 66, 67, 167; A. G. O. I, 10, §. 314.

13) I, 13, §. 239. War gemeinrechtliche Lehre. Anders nach R. R. L. 9, L. 6, §. 9 D. de negot. gest. (III, 5); L. 9 C. eod. (II, 19); L. 12, §. 14, L. 20, §. 1 D. mandati (XVII, 1). Nur was noch nach ertheilter Genehmigung in Folge derselben geschieht, ist Ausrichtung eines Mandats. L. 60 D. de reg. jur.

1) L. 1 pr. §. 1 D. mandati.

2) §§. 7, 11—17 a. a. O., nach cl. 1 de procurat. (I, 10), welche jedoch auf der Voraussetzung beruhet, daß mündliche Verträge gültig sind.

Beauftragte, welcher den mündlich erhaltenen Auftrag vollzogen hat, ist mithin seinerseits verbunden, die in Folge dieses Auftrags erworbenen Sachen dem Machtgeber zu überlassen und kann diesem nicht den Einwand machen, daß der Gegenstand des von ihm ausgeführten Geschäfts einen schriftlichen Kontrakt erfordert habe, und daß ihm eine schriftliche Vollmacht nicht ertheilt worden[2a]); so wie andrerseits berechtigt, auch dann, wenn er zur Ausrichtung des Auftrags bezüglich auf einen Gegenstand von mehr als 50 Thlr. an Werth bloß einen mündlichen Auftrag hatte, von dem Auftraggeber Erstattung der Auslagen, und als Kaufmann Provision zu fordern[3]). 2. Bezüglich auf das Verhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten genügt schon ein Blanquett, wenngleich dasselbe ohne Wissen und Willen des Erstern ausgefüllt worden ist, nur muß der Dritte in gutem Glauben sein[3a]). 3. Gerichtlich muß die Vollmacht ertheilt werden, wenn der Beauftragte ein gerichtlich niedergelegtes Testament oder Kodizill in Empfang nehmen, einen Eid leisten oder eine eidesstattliche Versicherung geben[4]), oder den Bräutigam bei Eingehung des Verlöbnisses vertreten soll (§. 747, Note 6); zu Prozessen genügt eine außergerichtliche, wenn der Mandant schreiben kann[5]), und zu andern Rechtsgeschäften ist diejenige Form, welche für das Geschäft selbst bestimmt ist, erforderlich; Kollegia und Anstalten, welche Beamte mit öffentlichem Glauben haben, ertheilen ihre Vollmachten unter Beglaubigung dieser Beamten[6]). 4. Wenn die Frage von der Form einer Vollmacht zwischen Eheleuten ist, so sind die verschiedenen Beziehungen zu unterscheiden. a) Ist der Mann der Auftraggeber und ist von dem Verhältnisse desselben zu dem Dritten Rede, so genügt die eben gedachte Form: das von der solchergestalt bevollmächtigten Ehefrau mit dem Dritten geschlossene Rechtsgeschäft ist vollkommen rechtsgültig. Soll aber die Ehefrau per-

---

2a) Pr. des Ober-Trib. 1333, vom 8. Septbr. 1843.

3) Pr. des Ober-Trib. 1569, v. 3. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 375).

3a) §§. 112, 113 a. a. O. Nach R. R. kann der Fall nicht vorkommen, weil der Dritte keine direkte Klage hat.

4) I, 12, §. 571. — R. v. 4. Febr. 1835 (Jahrb. Bd. XLV, S. 181). Der §. 116, Tit. 13 ist durch das Ges. vom 11. Juli 1845, §. 2, lit. b aufgehoben.

5) A. G. O. I, 3, §. 36. Doch müssen die Prozeßvollmachten der Dorfgemeinden gerichtlich sein. §. 40 das.

6) Anh. z. A. L. R. §. 45 (zu I, 13, §. 115).

sönlich aus dem Mandate ihrem Ehemanne verbindlich gemacht werden, so ist die für Verträge zwischen Eheleuten vorgeschriebene Form [7]) zu beobachten. Die Vernachlässigung derselben hat mithin keine andern Folgen als daß die Ehefrau für die unterlassene oder fehlerhafte Besorgung des Auftrags rechtlich nicht verantwortlich ist. b) Ist die Frau der Auftraggeber, so genügt überhaupt die gewöhnliche Form (Nr. 3) [7a]), weil der Ehemann die Angelegenheiten der Frau mit deren Zustimmung zu besorgen berechtigt, und zu der bloßen Genehmigung eines Geschäfts der Ehefrau mit einem Dritten eben bloß die Zusammenstimmung der Eheleute erforderlich ist. Die Ehefrau wird durch die Ertheilung einer Vollmacht auf ihren Ehemann zur Abschließung eines solchen Geschäfts nicht weiter verbindlich gemacht, es steht ihr jeder Zeit frei die Vollmacht zu widerrufen. 5. Handlungsunfähige können zwar nur mit Zustimmung ihrer Autoritäten, Ehefrauen mithin nur mit Genehmigung des Mannes, von Andern Vollmachtsaufträge mit rechtlicher Wirkung für sich selbst annehmen; und der Dritte braucht sich mit einer unfähigen Person nicht einzulassen; wenn aber ein Unfähiger auf Grund einer ohne Genehmigung seines Rechtsvertreters angenommenen Vollmacht das aufgetragene Geschäft abgeschlossen hat und die Vollziehung desselben durch einen Solchen nicht besonders gesetzlich verboten ist, so ist dasselbe zwischen den Parteien rechtsverbindlich [8]). 6. Ist die Form nicht beobachtet, jedoch in Folge des mündlichen Auftrags Etwas gethan oder gegeben worden, so gelten zwischen den beiden Kontrahenten die allgemeinen Grundsätze von den Folgen des Mangels der Form (§. 553) [8a]), die übrigens hier ebenfalls durch ein

---

7) A. L. R. II, 1, §§. 198—201.

7a) Das Pr. des Ober-Trib. vom 27. Juli 1838, Nr. 508, spricht aus: „Bei Ausstellung einer Prozeßvollmacht, zur Wahrnehmung der Rechte einer Ehefrau auf ihren Ehemann, bedarf es nicht der Zuziehung eines Beistandes, wenn auch der Prozeß die eingebrachten Grundstücke, Gerechtigkeiten oder auf den Namen der Ehefrau, ihrer Erblasser oder Geschenkgeber geschriebenen Kapitalien betrifft.“ Die specielle Beziehung auf Prozeßvollmachten ist keine Verneinung des Satzes in Beziehung auf andere Vollmachten, erklärt sich vielmehr daraus, daß die Aussprüche sich in der Regel genau auf die Frage beschränken, und der Gegenstand des Streites eine Prozeßvollmacht war.

8) I, 13, §§. 32—36. — L. 31 pr. D. de negot. gest. (III, 5); §. 5 i. f. J. qui et ex quibus causis manumitt. (I, 6).

8a) Geleistete Zahlungen gelten mithin unbedingt. Entsch. des Ober-Trib. Bd. IX, S. 233. Ein durch einen mündlich beauftragten Vertreter schriftlich ge-

schriftliches Anerkenntniß ersetzt wird [9]); aber bei Vollmachtsaufträgen wird, in Ermangelung einer schriftlichen Vollmacht oder nachgefolgter Genehmigung, ohne Unterschied des Gegenstandes, kein direktes Klagerecht des Dritten gegen den Machtgeber begründet, vielmehr muß, wie nach R. R. in allen Fällen, der Dritte sich an den Beauftragten wegen Schadloshaltung für Schäden und Kosten, welche ihm aus dem Rückgehen des Geschäftes erwachsen, oder Abtretung der Klage halten; der Machtgeber hingegen kann auch in diesem Falle gegen den Dritten unmittelbar klagen [10]). Hat jedoch der mündlich Beauftragte in der gesetzlichen Form gehandelt, so kann nicht nur durch eine schriftlich, sondern auch durch eine mündlich oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers eine vertragsmäßige Verbindlichkeit aus dem von dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte, dem Dritten gegenüber, entstehen [10a]). Der Dritte ist an einen solchen in gültiger Form geschlossenen Vertrag bis zur erfolgten Erklärung des Machtgebers jedenfalls gebunden [11]). II. Bei den Vollmachtsaufträgen unterscheidet man: a) nach dem Umfange General- (mandatum generale) und Specialvollmacht (m. speciale). Die Erstere trägt eine ganze Klasse von Rechtsgeschäften, die andere ein einzelnes Geschäft oder auch nur eine einzelne Handlung auf. Da eine Generalvollmacht eine Reihe von Geschäften aufträgt, und auch ein durch Specialvollmacht übertragenes einzelnes Geschäft mehrere Handlungen erfordern kann; so besteht das Praktische dabei in der Auslegung: was für Geschäfte oder Handlungen als mit aufgetragen anzusehen sind. In dieser Hinsicht gilt der Grundsatz: der Bevollmächtigte ist zu allen Handlungen befugt, welche zur gehörigen Verrichtung der ihm aufgetragenen Geschäfte und zur

---

schlossener Miethskontrakt gilt hinsichtlich des Vertretenen nur als ein mündlicher. Angenommen (durch 4 gegen 3) von dem III. S. des Ober-Trib. am 30. März 1849, in Sachen Baak c. Rust, $^{803}/_{181}$, III, 48. Vergl. die Note 10a.

9) Schles. Arch. Bd. IV, S. 501. — S. o. §. 550, I, 6.

10) I, 13, §§. 8–10, 128. Vergl. Note 23 zu §. 657. Der mündlich Bevollmächtigte kann von dem Dritten nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn der Dritte den Machtgeber selbst, sei es wegen hinzugetretener Genehmigung oder aus sonstigen Gründen, auf Erfüllung des mit Jenem eingegangenen Vertrages, hat in Anspruch nehmen können. Pr. 1152, vom 11. Juni 1842.

10a) Pr. 2196 (Pl. Beschl.) vom 22. April 1850 (J. M. Bl. S. 205 und Entsch. Bd. XIX, S. 29). Das ist jedoch nicht auf eine mündlich genehmigte Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden, weil hier die Folgen eines mündlich gegebenen und von dem Beauftragten wirklich vollzogenen Auftrags nicht eintreten können. S. u. §. 657, Note 23.

11) Pr. 1240, vom 17. Dezember 1842. Vergl. u. §. 657, Note 23.

Erreichung der ausgedrückten Absicht des Machtgebers nothwendig sind[11a]). Darnach ist ein mit Worten besonders ausgedrückter Auftrag (Specialvollmacht, die in jeder Generalvollmacht, insofern die Geschäfte namentlich genannt sind, enthalten ist) z. B. erforderlich: 1. wenn Parteien- oder Zeugeneide erlassen oder für geschworen angenommen werden sollen; 2. wenn der Bevollmächtigte einen Eid[12]) in der Seele des Machtgebers schwören soll; 3. wenn auf Schiedsrichter kompromittirt werden soll; 4. wenn ein Rechtsstreit verglichen werden soll; der Auftrag zur Abschließung eines Vergleichs enthält nicht den Auftrag zu kompromittiren, und umgekehrt; 5. wenn Rechte übertragen oder durch Verzichtleistung aufgegeben werden sollen; 6. wenn Zahlung an Geldern oder Sachen erhoben werden soll; ausgenommen die Prozeßkosten, zu deren Empfangnahme von dem Gegner die Prozeßvollmacht befähigt; 7. wenn Grundstücke veräußert oder gekauft; 8. wenn Eintragungen oder Löschungen bewilligt werden sollen, falls der Auftrag nicht auf Empfangnahme der Zahlung geht; 9. wenn geschenkt werden soll; 10. wenn im Falle eines Specialauftrags zum Verkaufe das Kaufgeld kreditirt oder in Empfang genommen[13]), oder eine Konventionalstrafe verabredet werden soll[13a]). b) Nach der Art des Ausweises ausdrückliche Vollmacht (mandatum verum) und vermuthete (m. praesumtum). Ausdrücklicher Auftrag wird, außer dem Falle, wo der Beauftragte eine förmliche Vollmacht vorlegt, auch angenommen, wenn der Machtgeber dem Dritten die Ertheilung des fraglichen Auftrags schriftlich oder mündlich anzeigt; bei bloß mündlichen Aufträgen und Benachrichtigungen werden jedoch die Grundsätze von mündlichen Verträgen angewendet[14]). Die Vermuthung für einen Auftrag beruhet auf der Familien- oder Geschäftsgemeinschaft, in welcher der vermuth-

---

11a) §§. 53, 104, 108, 130, 134—139 a. a. O. — L. 56, L. 62 D. de procurat. (III, 3).

12) Dieser muß, wenn nicht die Norm allgemein vorgeschrieben ist, seinem Inhalte nach wörtlich vorgeschrieben sein, weil sonst nicht der Machtgeber wegen Meineides verantwortlich sein würde.

13) I, 13, §§. 53, 99—109, 134—139.

13a) Die Vollmacht zum Abschlusse des Kaufs schließt die Ermächtigung zur Verabredung von Konventionalstrafen nicht in sich. Pr. 1450, vom 11. Mai 1844.

14) §§. 147—149 a. a. O. Angenommen von dem Ober-Trib. nach dem Präjud. v. 27. Mai 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 378). — S. o. Note 8a.

liche Machtgeber und Beauftragte stehen, und auf der Dringlichkeit des Geschäfts, welche die Herbeischaffung einer förmlichen Vollmacht verhindert haben kann. Daher genügt eine vermuthete Vollmacht nur in Fällen, welche keinen Aufschub leiden und keine Specialvollmacht erfordern [15]), und auch nur vor der Hand; denn wer auf Grund einer vermutheten Vollmacht Etwas verhandelt hat, muß unverzüglich eine ausdrückliche Vollmacht nachbringen, und der Dritte kann ihn dazu anhalten oder auch den vermuthlichen Machtgeber unmittelbar befragen. Dieser muß darauf innerhalb der für die Annahme bei Verträgen bestimmten Zeit (§. 548) sich erklären; wo nicht, wird er für genehmigend angesehen und kann später nicht mehr absagen; mißbilligt er rechtzeitig das Geschäft, so geht dasselbe zurück und der vermuthete Bevollmächtigte muß den Dritten wegen Schäden und Kosten entschädigen [16]). Als vermuthlich Bevollmächtigte werden unter den gedachten Voraussetzungen angenommen: 1. Natürliche wie angenommene Verwandte in gerader Linie; 2. Eheleute; 3. Geschwister; 4. Geschwisterkinder ersten Grades; 5. Schwiegerältern und Schwiegerkinder; 6. Schwäger und Schwägerinnen, so lange die Ehe dauert; 7. Miteigenthümer und Litiskonsorten in Beziehung auf die gemeinschaftliche Sache; 8. Verwalter, Buchhalter und Hausoffizianten in den ihnen von dem Herrn anvertrauten Geschäften [17]). Das Pr. R. weicht hierbei von dem G. R. in Hinsicht der Ausdehnung und in der dem mandatum praesumtum zum Grunde liegenden Ansicht erheblich ab. Das gemeinrechtliche m. praesumtum bezieht sich nur auf Sachwalter [18]) und das A. L. R. generalisirt dasselbe; nach R. R. beruhet es auf der rechtlichen Befugniß, für gewisse Personen in einem anhängigen Prozesse einzelne Handlungen zu verrichten, ohne dazu ausdrückliche Vollmacht beibringen zu müssen [19]), die Verfasser des

---

15) §§. 119, 123 a. a. O. — L. 26, 27 pr. D. de minor. (IV, 4). Wenn daher z. B. eine Ehefrau einen im Namen des Mannes geschlossenen Miethskontrakt für ihn unterschreibt, so ist das kein Fall des mandatum praesumtum. Angenommen von dem III. Senate des Ober-Trib. am 30. März 1849 in Sachen Baak c. Rust, $^{803}/_{3181}$ III, 48. Die Meinungen waren getheilt. S. unten Note 11a zu §. 661.

16) §§. 124—128 a. a. O. — L. 40, §. 3 D. de procurat. (III, 3).

17) §§. 119—123 a. a. O.

18) L. 3, §. 3 D. judicatum solvi (XLVI, 7).

19) L. 3, §. 3 D. eod. — L. 40, §. 4 D. de procurat. (III, 3).

A. L. R. gehen davon aus, daß ein Auftrag wirklich ertheilt worden sei, und nur noch nicht nachgewiesen werden könne[20]).

§. 657.

c) Verbindlichkeiten.

I. Die Hauptverbindlichkeit ist auf der Seite des Beauftragten und besteht darin, den Auftrag treu und auf das Vortheilhafteste für den Machtgeber zu besorgen[1]), und zwar in der Regel persönlich, ausgenommen, wenn das Geschäft nicht ohne Beihülfe Anderer vollzogen werden kann, oder wenn dasselbe keinen Aufschub leidet und der Beauftragte persönlich verhindert ist, oder wenn der Machtgeber ausdrücklich Erlaubniß zu substituiren gegeben hat; sonst haftet er für die Handlungen des Substituten, wie für seine eigenen[2]); im Falle einer Ausnahme haftet er nur für ein grobes oder mäßiges Versehen in der Auswahl und sofern er den Substituten zum Schadensersatz anzuhalten vernachlässigt[3]). 1. Das Verhältniß des Substituten zu dem Substituirenden ist das eines Mandatars[4]); zu dem Machtgeber das eines Geschäftsbesorgers ohne Auftrag und, wenn der Beauftragte die Erlaubniß zur Bestellung eines Substituten ausdrücklich hatte, das eines Mandatars, er kann mithin in allen Fällen von dem Machtgeber unmittelbar belangt werden[5]). 2. Ueberschreitet der Beauftragte die Grenzen des Auftrags, und der Machtgeber genehmigt es, so wird das Ganze nach den Regeln vom Mandate beurtheilt[6]), wiewohl die Abweichung eigentlich negotiorum gestio

---

20) Nach der Ansicht mancher Schriftsteller, z. E. Stryck, Us. mod. XLVII, 8, §. 4 u. A. Vergl. Klein, Halle'sche Rechtssprüche, I, S. 332.

1) §§. 59, 60 a. a. O. — L. 21 C. mand. (IV, 35).

2) §§. 37, 38, 46—48 a. a. O. Nach G. R. ist man über den Grundsatz nicht einig.

3) §§. 39, 46, 47 das. — L. 21, §. 3 D. de negot. gest. (III, 5); L. 2, §. 1 D. si mensor fals. mod. (XI, 6); L. 8, §. 3 D. mandati.

4) L. 28 D. de negotiis gest. (III, 5).

5) §. 40 a. a. O. Der General-Bevollmächtigte, dessen Vollmacht mit auf Wahrnehmung der Gerechtsame des Mandanten in Prozessen gerichtet ist, ist auch dann, wenn die Vollmacht die Befugniß zu substituiren nicht ausdrücklich enthält, zur Substitution eines der bei dem Ober-Trib. angestellten Rechtsanwalte zur Wahrnehmung der Gerechtsame seines Mandanten in den bei dem Ober-Trib. schwebenden Prozessen befugt, weil zu einer solchen Substitution keine Specialvollmacht erforderlich ist und der General-Mandatar das Geschäft nicht in Person verrichten kann. Pr. 2033, vom 26. Juli 1848.

6) §§. 142, 143, 51, 67 a. a. O. — Vergl. L. 7 pr. C. ad S. C. Maced. (IV, 28). Nach Ablauf der Erklärungsfrist (I, 5, §. 90) kann es nicht mehr genehmigt werden. Vergl. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XVIII, S. 220.

ist; genehmigt er es nicht, so muß er doch die Geschäftsbesorgung, soweit der Auftrag reicht, gegen sich gelten lassen, und darf also nicht das Ganze ablehnen[7]). 3. Nach Vollziehung des Auftrags muß der Mandatar vor Allem Rechnung legen[8]), und nach derselben Alles an den Machtgeber überliefern, was er in Folge des Auftrags erhalten oder erworben hat, ohne Unterschied, ob es ausdrücklich auf des Machtgebers Namen[9]), oder auf den eigenen Namen des Mandatars[10]) erworben worden ist; aber die bei Gelegenheit der Vollziehung des Auftrags, durch Besorgung eigener, mit dem Auftrage nicht in Verbindung stehender Geschäfte, erworbenen Vortheile bleiben ihm[11]). Die Herausgabe der auf den eigenen Namen erworbenen Gegenstände geschieht, neben der Auslieferung der Urkunden und Sachen, durch das Anerkenntniß der Thatsache, daß er diese Rechte oder Sachen für den Machtgeber in Folge des Auftrags erworben habe[12]). Von erhobenen Geldern muß er im Falle der Mora Verzugszinsen und, wenn er Gelder in Gebrauch genommen hat, Strafzinsen nach den höchsten Sätzen zahlen[13]). 4. Die von dem Mandatar als solchem, vermöge der Eigenthümlichkeit des Mandats, zu leistende besondere Aufmerksamkeit (§§. 468, 469) erstreckt sich nur auf die Handlungen zur Ausrichtung des Auftrags, nicht aber auf die in Folge des Auftrags eintretenden Verrichtungen, z. B. Aufbewahrung der ihm

---

7) §. 90 a. a. O. War nach altem R. R. streitig. §. 8 J. de mand. (III, 26, [27]); L. 3, 4, 5, § 3 D. eod. (XVII, 1).

8) §. 61 a. a. O. — L. 56, §. 2 D. eod. — L. 46, §. 2 D. de procurat. (III, 3). Diese Verbindlichkeit verjährt nicht schon in 5 Jahren, wie man hat behaupten wollen, sondern erst mit der actio mandati directa. Entsch. des Ober-Trib. Bd. IV, S. 343 und Präj. 1892, vom 11. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 470).

9) §§. 62, 63 a. a. O. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 501; Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 303. — L. 20 pr. D. mandati.

10) Entsch. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 376. Vergl. den Rechtsfall im Schles. Archiv, Bd. V, S 434, und Bd. IV, S. 501.

11) §. 64 a. a. O. Die Nebenbesorgung darf dem aufgetragenen Geschäfte nicht nachtheilig werden.

12) Das genügt auch bei unbeweglichen Sachen, selbst wenn davon der Besitztitel auf den Namen des Mandatars berichtigt worden. Entsch. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 379. Bis zu dieser Uebertragung des Eigenthums ist der Bevollmächtigte, nicht der Machtgeber Eigenthümer. Pr. 2052 (Pl. Beschl.) v. 2. Oktober 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 19). Das kann bei Immobilien, wegen des Werthstempels, theuer zu stehen kommen.

13) I, 14, §. 87; I, 7, §. 232; I, 16, §. 194. — L. 10, §. 3, L. 8 D. eod.

anvertrauten Sachen: in dieser Hinsicht haftet er nur nach den Grundsätzen vom Depositum[14]). 5. Mehrere, welche gemeinschaftlich einen Auftrag übernehmen, haften wegen der Untheilbarkeit solidarisch, wenn nicht Jeder einen bestimmten Theil übernommen hat[15]); für die Arglist und das Versehen des Einen haften jedoch die Andern nicht, ausgenommen subsidiarisch soweit, als sie daran hätten hindern können; in welchem Falle ihnen der Schuldige zum Ersatze verpflichtet bleibt[16]). Ob sie dem Dritten gegenüber nur Alle zusammen oder einzeln zu handeln legitimirt sind, hängt davon ab: ob die Vollmacht auf Alle zugleich (sammt und sonders) oder auf die Einzelnen (sammt oder sonders) lautet[17]). 6. Wegen dieser Forderungen hat der Machtgeber die actio mandati directa[18]). II. Der Beauftragte soll durch seine freundwillige Geschäftsbesorgung nicht in Schaden kommen; der Machtgeber ist deshalb schuldig: 1. dem Beauftragten alle in guter Absicht zum Zwecke der Vollziehung des Auftrags gemachten Auslagen und Kosten zu ersetzen[19]); 2. ihm auf Verlangen zur Bestreitung der Kosten einen Vorschuß zu geben oder die Verläge zu verzinsen[20]); 3. ihm den bei der Vollziehung des Auftrags selbst zufällig erlittenen Schaden, insofern der Beauftragte genöthigt war, sich der Gefahr einer Beschädigung auszusetzen, zu erstatten[21]); 4. ihn von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien[22]), welches besonders wichtig ist in dem Falle eines mündlichen Auftrags, wo der Beauftragte, dem Dritten gegenüber, persönlich haftet[23]);

---

14) §. 55 a. a. O. Worte: „Bei Vollziehung des Auftrags." — L. 5, §. 4 D. de praescr. verb. (XIX, 5); L. 1, §. 12 D. depositi (XVI, 3).

15) §§. 201—204. — L. 60, §. 2 D. mandati (XVII, 1).

16) §. 205 a. a. O. Durch denselben wird die Regel nicht abgeändert.

17) §§. 206—209 a. a. O. — C. 6 de procurator. in 6.

18) L. 8 pr. §. 8, L. 27, §. 2 D. mandati (XVII, 1).

19) §§. 65, 66, 68, 69 a. a. O. — L. 10, §. 9, 10, L. 27, §. 3, 4, L. 56, §. 4 D. eod. — L. 1, 4 C. eod.

20) §§. 70—73 das. — L. 12, §§. 9, 17 i. f. D. eod.

21) §§. 80—82 das. — L. 26, §§. 1, 6, 7 D. eod. — L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2). Den Schaden und Verlust an solchen Sachen, die bei der Geschäftsbesorgung nicht nöthig waren, hat der Machtgeber nicht zu ersetzen.

22) §. 82 das. — L. 45 pr. §. 2, 3, 5; L. 38, §. 1 D. mandati.

23) §. 8 u. 9 a. a. O. Die Meinungen sind über die Folgen verschieden. Das Richtige ist, daß nicht schlechthin der Rücktritt dem Machtgeber erlaubt ist, wie bei zweiseitigen mündlichen Verträgen, weil das Mandat einseitig ist und nicht von der Rückforderung oder Unterlassung der Gegenleistung Rede sein

5. ihm den ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Lohn zu zahlen, wenn auch der gehoffte Erfolg nicht eingetreten ist[24]). — Diese Forderungen kann der Beauftragte mittelst der exceptio doli durch Vorenthaltung seiner Leistungen, oder auch klagend mittelst der actio mandati contraria geltend machen[25]).

§. 658.

d) Verhältniß der Parteien zu Dritten.

Aus dem Grundsatze des modernen Rechts, daß freie Stellvertretung zuläſſig ist[1]), folgt in dem Verhältnisse zu dem Dritten eine Personeneinheit zwischen dem Beauftragten und dem Machtgeber, wodurch eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Letztern und dem Dritten hergestellt und der Stellvertreter, als ein bloßes Mittel, ausgeschieden wird. I. Der Dritte kann und muß daher unmittelbar gegen den Auftraggeber klagen und von Diesem verklagt werden, selbst wenn der Stellvertreter die Grenzen seines Auftrags überschritten hat, vorausgesetzt, daß der Dritte in gutem Glauben gehandelt und kein Versehen begangen hat; auf den guten Glauben des Mandatars kommt, auch im Falle der Ueberschreitung in der Zeit (wenn die Vollmacht erloschen ist), in dieser Beziehung nichts an[2]). Der Dritte ist außer Schuld, wenn er

---

kann, wenn der Eine zurücktritt. Hat der mündlich Beauftragte im eigenen Namen kontrahirt, weil sonst der Dritte sich vielleicht mit ihm nicht eingelassen hätte: so muß der Machtgeber Jenen unzweifelhaft befreien. Ist im Namen des Machtgebers kontrahirt, so steht es bei ihm: ob er das Geschäft genehmigen will; der Beauftragte haftet in diesem Falle nicht als Kontrahent. Vergl. Schles. Archiv, Bd. IV, S. 463; Entsch. Bd. IX, S. 229. Vergl. o. Note 10 zu §. 656.

24) §§. 74—79 a. a. O. — Wird der Auftrag nach begonnener Vollziehung zurückgenommen, oder aus Gründen nicht ausgeführt, so kommen wegen der Belohnung die Regeln von Verträgen über Handlungen zur Anwendung.

25) §. 83 a. a. O. Unter dem Ausdruck „derjenigen Sachen" in diesem §. 83 sind auch baares Geld und geldwerthe au porteur lautende öffentliche Papiere zu verstehen. Pr. 96, I, v. J. 1835. Daß dergleichen Präjudize für wichtig gehalten und aufgezeichnet werden, kommt von der der preuß. Jurisprudenz eigenen Wortinterpretation. Eine sachliche Auffassung kann in den Fall eines solchen Zweifels nicht kommen. — L. 10, §. 9, L. 20 pr. D. mandati; L. 11 C. eod.

1) §§. 1—4 a. a. O. — Recht der Ford. §. 289.

2) §. 200 a. a. O. — Unter den gemeinrechtlichen Civilisten ist der Satz streitig wegen L. 10 C. de procurat. (II, 13); L. 22 C. de fidejuss. (VIII, 41); L. 15, §. 1 D. qui et a quibus (XL, 9), L. 4 pr. D. de manumissis (XL, 1), L. 25, §. 14 D. de acquir hered. (XXIX, 2); L. 7 D. de divort. XXIV, 2); L. 41 D. de rebus cred. (XII, 1). Vergl. o. Note 10 zu §. 656.)

sich bei Abschließung des Geschäfts die Original-Vollmacht vorlegen läßt [3]). Alsdann ist das mit Ueberschreitung der Grenzen des Auftrags abgeschlossene Geschäft für den Machtgeber verbindend: 1. wenn aus der Vollmacht der Umfang nicht bestimmt zu ersehen ist [4]); 2. wenn bei Widerrufung des Auftrags dem Beauftragten die Vollmacht nicht abgenommen, oder, wenn sie dem Gerichte überliefert, dort der Widerruf nicht angezeigt, und wenn der Dritte, mit welchem unterhandelt werden soll, nicht benachrichtigt worden ist [5]). Eine Ausnahme soll gelten, wenn dem Machtgeber nicht bekannt ist, mit wem der Bevollmächtigte in Verhandlungen getreten ist [6]). 3. Wenn das Mandat durch den Tod des Machtgebers erloschen ist. II. Der Beauftragte kann von dem Dritten ausnahmsweise in vier Fällen belangt werden: 1. Wenn er in seinem eigenen Namen kontrahirt hat, wobei darauf nichts ankommt, daß dem Dritten das Verhältniß bekannt gewesen; jedoch kann der Dritte auch Abtretung der Rechte fordern [7]). 2. Wenn wegen mangelnder schriftlicher Vollmacht und Genehmigung, und auch wegen Mangels jeden andern Grundes, eine Klage des Dritten gegen den Machtgeber nicht zulässig ist (§. 656, Note 10). 3. Wenn er seinen Auftrag überschritten hat und der Machtgeber nicht verhaftet ist (Note 6); in welchem Falle aber nicht das Geschäft selbst gültig, sondern nur Ersatz des Geleisteten und des Interesses, nach Bewandniß der Umstände mit der actio doli oder mit der condictio ob causam zu fordern ist [8]). 4. Wenn der Machtgeber abwesend und der Mandatar mit der fraglichen Handlung oder Leistung beauftragt ist; doch haftet er hier nur mit den ihm überwiesenen Mitteln des Machtgebers; hat er sich persönlich verpflichtet, so ist solches eine Intercession [9]).

---

3) §§. 96, 91, 92 a. a. O. Bei einem Rechtsstreite wird die Vollmacht dem Richter überliefert und die Zurücknahme muß angezeigt werden. §§. 94, 95.

4) Einzelne Fälle: §§. 93, 97, 140, 141 a. a. O.

5) §§. 162, 163, 167—170, 91, 92 a. a. O.

6) §. 170 a. a. O. Diese Bestimmung ist, ohne Würdigung des Prinzips und dessen Folgen, bei der Umarbeitung des Entwurfs unversehens dazwischen gefallen, und nicht passend. S. Recht der Ford. a. a. O. Bd. III, S. 483 ff.

7) §§. 153—156 u. 9 a. a. O.

8) §§. 150, 151, 171 das. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 463.

9) §§. 157, 158, 151 a. a. O. Das Urtel kann auch gegen den Machtgeber unmittelbar vollstreckt werden.

III. Ist das nämliche Geschäft von dem Beauftragten und auch von dem Machtgeber geschlossen worden, und können nicht Beide nebeneinander erfüllt werden, so hat, wenn der Letztere dem Erstern von seiner Unternehmung nicht Nachricht gegeben (Note 6), der von dem Beauftragten geschlossene Vertrag, hinsichtlich der Erfüllung, den Vorzug; andernfalls muß der Aeltere erfüllt werden und der Machtgeber muß in beiden Fällen den nachstehenden Dritten entschädigen[10]).

§. 659.

e) Beendigung.

1. Das Mandatsverhältniß, nicht die daraus entsprungenen Forderungsrechte, die alle Mal auf die Erben übergehen[1]), nimmt ein Ende: 1. durch wechselseitige Einwilligung, wobei nicht, wie bei andern Konsensual-Verträgen (§. 567), die Vernichtung oder Zurückgabe der Urkunde erforderlich ist[2]); 2. durch einseitigen Widerruf (revocatio)[3]), welcher auch stillschweigend durch solche Verfügungen des Machtgebers, neben welchen die Vollziehung des Auftrags nicht bestehen kann, geschieht[4]); 3. durch einseitige Aufkündigung Seitens des Mandatars (renuntiatio), die jedoch, zur Unzeit geschehen, den Mandatar für den aus der Unterbrechung des angefangenen Geschäfts entstehenden Nachtheil verantwortlich macht[5]), und überhaupt auch mit einer Zeitbestimmung geschehen

---

10) §§. 86—89 das. — Auch hiermit steht der §. 170 in Widerspruch. Note 6.

1) Hierauf beziehen sich L. 27, §. 3 D. mandati, und §. 7 J. eod. — Vergl. L. 14 pr. §. 1 D. eod.

2) §§. 159—161 a. a. O. Die Zurückgabe der Vollmacht bezweckt nur die Sicherheit des Machtgebers.

3) §§. 159, 160, 163—165 das. — L. 12, §. 16, L. 15, 30 D. eod.; §. 10 J. eod.

4) §§. 185, 86, 88 a. a. O. — L. 31 i. f. D. de procurat. (III, 3). Auch der Substitut fällt durch den Widerruf weg. §§. 86, 88. Durch den Widerruf allein wird jedoch der Machtgeber zugleich von der Gegenleistung, welche er dem Andern für die Annahme und Ausrichtung des Auftrages, welches er demselben für die ganze Dauer des Geschäfts oder für eine bestimmt bezeichnete Zeit versprochen hat, noch nicht befreit; vielmehr muß er seinerseits leisten, wenn er auch nicht gezwungen werden kann, die Leistungen des Andern anzunehmen. Pr. 1991, v. 11. Februar 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 166). Ist eben Miethskontrakt!

5) §§. 159, 172—175 a. a. O. — L. 22, §. 11, L. 23—25 D. eod. — §. 11 J. eod. — Ueber das Verfahren bei gerichtlichen Geschäften: §§. 176 bis 178 das.

kann[6]; 4. durch den Tod des Machtgebers[7], wenn nicht das Gegentheil beabsichtigt ist. Dieses wird angenommen: a) wenn das Geschäft, nach seiner Beschaffenheit, erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann[8]; b) bei Prozeßvollmachten[9]; c) bei kaufmännischen Geschäften[10]; d) bei bereits angefangenen Geschäften, deren Unterbrechung schädlich ist[11]. Eine im Auftrage des Machtgebers bewirkte Substitution erlischt nicht durch den Tod des Mandatars, desgleichen die von öffentlichen Beamten und Vormündern als solchen gegebenen Aufträge nicht durch den Tod oder den Austritt des Beamten, sondern nur durch die Aufhebung der Amtsstelle und der Vormundschaft (Tod der juristischen Person)[12]. 5. Durch den Tod des Mandatars[13]; 6. durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit einer der Parteien[14]; 7. durch Ausbruch des Konkurses über das Vermögen einer Partei und, wenn der Mandatar ein Kaufmann ist, schon durch die öffentliche Erklärung der Zahlungsunfähigkeit[15]. II. Haben Mehrere gemeinschaftlich ein Mandat gegeben, so erlischt das Verhältniß nicht durch einen nur den Einen davon treffenden Grund, daher muß auch die Aufkündigung an Alle geschehen[16].

---

6) §§. 179, 180 das. Die Kosten der gerichtlichen Kündigung in außergerichtlichen Angelegenheiten trägt, weil sie unnöthig, der Mandatar. §. 179.

7) §. 186 a. a. O. — L. 26 pr. §. 1; L. 58 D. eod. — §. 10 J. eod

8) §. 190 das. — Anwendung I, 12, §. 557.

9) §. 192 a. a. O. — R. Absch. v. 1654, §. 99.

10) §. 191 a. a. O. S. unten die Note 13.

11) §§. 188, 187 das. — §. 10 J. de mandato; L. 15 C. eod. (IV, 35).

12) §§. 193–195 das. A. G. O. I, 3, §. 61. Nach G. R. ist man über die Fortdauer des Mandats nach dem Tode des Mandanten uneinig. Vergl. über den Grund des Satzes m. Prozeßrecht, §. 110, Note 9.

13) §§. 186, 187, 189 a. a. O. — L. 27, §. 3, L. 57 D. eod. Eine in Handelssachen einem Kaufmanne, als Vorsteher einer Handlung, für diese übertragene Verkaufs-Kommission wird durch den Tod des ersteren in der Regel nicht aufgehoben. Pr. 2022, vom 22. Mai 1848. Dabei liegt die Idee der juristischen Persönlichkeit des s. g. Handlungshauses (der Handlungsanstalt) zum Grunde, indem die Handlung (die Geschäftsanstalt) und nicht die Person (der Herr des Geschäfts) als Mandatarius angesehen wird. Die Sache ist jedoch auch aufzufassen als eine sich stillschweigend verstehende Substitution für die Handlungsbedienten des Kaufmannes, indem dieser nicht immer persönlich die Verkaufsgeschäfte besorgt, weshalb sein Tod nicht sogleich einen Stillstand derselben verursacht.

14) §. 196 das. Weil mit dem Willen auch das Mandat aufhört. L. 12, §. 16 D. eod. Doch unter der Voraussetzung wie bei dem Tode. Note 11.

15) §§. 197—199 a. a. O.

16) §§. 214, 215 das. Jeder hat den Auftrag ganz gegeben.

2. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio).

A. L. R. I, 13, §§. 228—261. — M. Aufsatz über das Wesen der actio negotiorum gestorum und der actio de in rem verso, und über das Verhältniß beider Klagen zu einander, nach den Grundsätzen des A. L. R. und des Gemeinen Rechts; im Schlef. Archiv, Bd. IV, S. 128 flg.

§. 660.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag verhält sich zu dem Mandate wie ein Realkontrakt zu einem Konsensualkontrakte: erst durch die wirkliche Leistung einerseits und deren Annahme andrerseits wird ein Rechtsverhältniß begründet, welches dem Mandatsverhältnisse nach der Vollziehung des Auftrags ganz ähnlich ist, so daß selbst ein unmittelbares Verhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, mit welchem der Geschäftsbesorger abgeschlossen hat, mittelst der versio in rem hergestellt wird (§. 573), und der Geschäftsführer, unter den sonstigen Voraussetzungen, selbst Belohnung zu fordern hat[1]). II. Die Begründung des Rechtsverhältnisses erfordert: 1. ein Geschäft, sei es ein juristisches oder ein bloß thatsächliches[2]); 2. welches in irgend einer Beziehung (§. 655, II, 2) einen Andern angeht[3]); hat der Geschäftsführer selbst daran Theil, so gehört das Geschäft in die Theilung, wobei aber die Grundsätze der negotiorum gestio gelten[4]). 3. Das Geschäft muß verrichtet sein, 4. ohne vorhergegangenen Auftrag[5]) und 5. in der Absicht, den Geschäftsherrn verbindlich zu machen (animo obligandi)[6]). Wer um wohlzuthun fremde Geschäfte besorgt, erwirbt keine Forderung, und wer in der irrigen Meinung, fremde Geschäfte zu führen, seine eigenen besorgt, oder wer

---

1) §§. 238, 239 a. a. O. Dieses Rechtsinstitut ist im A. L. R. nicht rein und klar aufgefaßt. S. oben §. 573, u. m. Aufsatz im Schlef. Arch. Bd. IV, S. 128.

2) §§. 228, 234 a. a. O. — L. 21, 41, 43, 46, §. 1 D. de neg. gest. (III, 5).

3) §. 258 das. — L. 3, §. 3, L. 6, §. 4, L. 31, §. 7 D. eod. — L. 3 C. eod. (II, 19).

4) §. 259 das. L. 40 D. eod.; L. 18, §. 6, 7; L. 25, §. 16 D. fam. erc. (X, 2); L. 6, §. 2 D. comm. div. (X, 3).

5) Die irrige Meinung, daß ein Mandat vorhanden sei, ändert nichts. L. 5 pr., L. 19, §. 2 D. de negot. gest. (III, 5).

6) L. 4, 27, §. 1, L. 44 D. eod. — L. 11, 12, 15 C. eod.

wissentlich fremde Geschäfte, aber um eigenen Nutzen zu fördern, verrichtet, hat wegen seiner Verwendungen die condictio sine causa [7]).

§. 661.

b) Verbindlichkeiten.

I. Die Verbindlichkeiten des Geschäftsführers sind je nach dem Verhalten des Geschäftsherrn verschieden: 1. Hat der Letztere die Einmischung untersagt, so haftet der Geschäftsführer wie aus einer unerlaubten Handlung, und hat wegen der eigenen Kosten keine Klage, sondern kann sich wegen der Verwendungen nur durch Kompensation auf die Schädenforderung des Herrn helfen [8]); er muß auch für den Schaden haften, welcher daraus entsteht, daß seine Einmischung einen Beauftragten von der Vollziehung des Auftrags abgehalten hat [9]). 2. Verweigert der Geschäftsherr ohne vorausgegangenes Verbot die Genehmigung, so muß der Besorger die Sache in den vorigen Stand setzen oder, falls das Uebergewicht des Vortheils nicht klar ist, das Ganze behalten und den Herrn entschädigen [10]). 3. Genehmigt der Herr die Unternehmung förmlich, oder eignet er sich die Vortheile aus dem Geschäfte zu, so entsteht, im ersten Falle auch für die Zukunft, ein Schuldverhältniß wie aus einem Auftrage [11]); die Genehmigung erfordert bei einem Rechtsgeschäfte dieselbe Form, welche für das durch den Geschäftsführer eingegangene Rechtsgeschäft selbst vorgeschrieben ist [11a]). Der Geschäftsbesorger wird von der sich selbst

---

7) Ueber die in diesem Falle anwendbare Klage ist mehrfache Meinungsverschiedenheit, und in der L. 49 D. eod. wird die act. negot. gest. muthmaßlich aus einem Fehlgriffe genannt. Recht der Ford. §. 291.

8) §§. 249, 250, 253 d. T. — L. 8, §. 3 D. eodem.

9) §. 252 d. T. — Vergl. L. 6, §. 12 D. eod.; L. 17, §. 3 D. commodati (XIII, 6).

10) §§. 242—244 a. a. O. Ist der Vortheil überwiegend, so muß der Eigenthümer sich das Geschäft gefallen lassen. §. 243. Vergl. Pr. des O. Tr. v. 30 März 1849, Nr. IV (Entsch. XVIII, 207).

11) §§. 239, 241, 251, 247 das. — L. 2 D. de neg. gest. (III, 5).

11a) Wenn daher z. B. Jemand einen für ihn durch seine Ehefrau schriftlich geschlossenen oder in seinem Namen unterschriebenen Miethskontrakt mündlich genehmigt, so bindet ihn dies nicht weiter als er durch einen von ihm selbst mündlich geschlossenen Kontrakt gebunden sein würde. Ang. durch 4 gegen 3 von dem III. Senat des Ober-Tribunals am 30. März 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 207). Das Bedenken der 3 Dissentirenden war, daß die Genehmigung sich auf den ganzen Kontrakt beziehe, eine Spaltung finde nicht statt. Aber aus diesem Grunde müßte jeder mündliche Miethskontrakt auf die verabredete Anzahl von Jahren gelten, wenn die Uebergabe geschehen. Die mündliche Genehmigung kann nicht mehr wirken, als wenn der Prinzipal selbst den ganzen Kontrakt mündlich geschlossen hätte.

gemachten Auflage durch den Tod des Geschäftsherrn nicht entbunden, er darf mithin die einmal angefangene Besorgung nicht unvollendet lassen[12]; nach Vollbringung des Geschäfts muß er Rechnung legen[13]) und Alles leisten, wozu ein Beauftragter verpflichtet ist[14]), ausgenommen: a) wenn er gezwungen fremde Geschäfte besorgt[15]); oder aus Menschenliebe, um von dem Eigenthümer einen drohenden Schaden abzuwenden, wo er nur für ein grobes Versehen haftet[16]); b) wenn er ein für den Eigenthümer ungewöhnliches Geschäft unternimmt, oder verbotswidrig handelt, wo er bis zur Genehmigung selbst für den Zufall einsteht[17]). 4. Die actio negotiorum gestorum erlischt in diesem Falle (Nr. 3) erst durch die gewöhnliche Verjährung; in den beiden ersten Fällen dauert die Entschädigungsklage nur 3 Jahre[18]). III. Der Geschäftsherr ist schuldig, den Besorger für Schaden und Kosten zu entschädigen, jedoch nur alsdann und insoweit, als die Geschäftsführung einen günstigen Erfolg hat[19]). Diejenigen Verwendungen, wofür hiernach nichts geleistet wird, können, soweit es ohne Schaden möglich ist, zurückgenommen werden[20]). Hat der Besorger zugleich seine eigene Angelegenheit besorgt, so muß er zu den Kosten verhältnißmäßig beitragen[21]).

---

12) §. 257 das. — L. 15, 16, 21, §. 2 D. eod.

13) §. 256 das. — L. 2 D. eod. — §. 1 J. eod. (III, 27 [28]).

14) §. 245 das. — L. 21, §. 2, 3, L. 32 pr. D. eod. — L. 20, 22 C. eod. — L. 23 D. de reg. jur.

15) L. 3, §. 8 D. de negot. gestis (III, 5).

16) §. 237 a. a. O. — L. 3, §. 9 D. eodem.

17) §§. 249–253, 241, 247 a. a. O. — L. 11, 8, §. 3, L. 9 D. eod.

18) Nach I, 6, §. 54. Dekl. v. 31. März 1838 (G. S. S. 252). M. s. jedoch Schles. Arch. Bd. IV, S. 452 No. 11; Erk. des O. Tr. v. 31. Oktober 1837 (Jur. Wochenschr. 1839, S. 5).

19) §§. 231, 232, 236, 241, 248, 251 a. a. O. Anders nach L. 10, §. 1, L. 12, §. 2, L. 22 D. eod. — L. 10 C. eod., wonach bloß auf die Absicht und die Umsicht gesehen wird.

20) §. 242 das. — L. 27 pr. D. eodem.

21) §§. 254, 255 das. — S. hierüber Recht der Ford. §. 294.

3. Verwaltung fremder Sachen.

A. L. R. I, 14, §§. 109—177.

§. 662.

a) Begriff und Verbindlichkeiten.

I. Die Verwaltung fremder Sachen und Güter ist nach den Grundsätzen des Pr. R. ein eigenthümliches Rechtsverhältniß, welches wesentlich aus Mandat und Depositum zusammengesetzt und meistentheils auch noch mit Dienstmiethe vermischt ist[1]). Sie ist ein Konsensualvertrag, wonach Jemand eine ihm dazu anvertraute fremde Sache aufzubehalten und die zu deren wirthschaftsmäßigen Erhaltung und Benutzung erforderlichen Geschäfte zu besorgen übernimmt. Es scheint zwar, als wenn das Gegenversprechen einer Belohnung ein wesentliches Erforderniß wäre[2]), indeß ist es doch nur für etwas Zufälliges anzusehen, weil das Mandat und das Depositum wesentlich vereinigt sind (Note 1). Kommt das Versprechen einer Belohnung hinzu, so ist das Geschäft ein zweiseitiger unbenannter Kontrakt. II. Der Verwalter hat folgende Verbindlichkeiten: 1. Er muß die Sache mit Bedacht erhalten, ordentlich bewirthschaften, vortheilhaft nutzen, von der üblichen Art des Geschäftsbetriebes nicht ohne erhebliche Ursachen abweichen und sich auf ungewöhnliche Unternehmungen nicht einlassen[3]); keine Rückstände an den Einnahmen dulden, nur den nach der Art des Verkehrs üblichen Kredit bewilligen, in den Verwaltungskosten sparen, in den nothwendigen Ausgaben prompt sein, und mit den baaren Geldern ohne besondere Vorschrift keinen Verkehr treiben, noch weniger solche für sich benutzen[4]); nothwendig werdende Klagen, soweit er damit als Inhaber der Sache oder als vermutheter Bevollmächtigter zugelassen wird, rechtzeitig

---

1) I, 14, §. 109. — Entsch. des O. Tr. Bd. IV, S. 352.

2) I, 11, §. 872. Diese Vorschrift wird freilich dann Anwendung finden, wenn noch besondere mechanische oder technische Verrichtungen übernommen werden; das Mandat bleibt jedoch vorherrschend. S. u. §. 663.

3) I, 14, §§. 110, 111, 113—115.

4) §§. 116—120, 128 u. 162 a. a. O.

anbringen[5]). 2. Er muß über das Ganze genau Buch und Rechnung führen und sogleich nach beendigter Verwaltung, oder, wenn sie so lange dauert, sogleich nach Ablauf eines jeden Rechnungsjahres, Rechnung legen, den Kassenbestand und am Ende der Verwaltung das ihm anvertraute Gut nebst An- und Zuwüchsen, sowie nach empfangener Quittung auch die geführten Bücher und Schriften ausliefern[6]), auch jederzeit während des Jahreslaufs die Richtigkeit seiner Verwaltung und die Vollständigkeit der Bestände auf Grund der von ihm abzuschließenden Bücher dem Prinzipal nachweisen, und die dabei sich ergebenden Defekte vertreten[6a]). 3. Er muß Verzugszinsen zahlen: a) von den Einnahme-Resten, deren Beitreibung er versäumt hat; b) von den zum Geschäftsbetriebe nicht erforderlich gewesenen Kassenbeständen, wenn er die Rechnungslegung versäumt, und zwar nach Verlauf von 6 Wochen nach dem Jahresschlusse an[7]). 4. Er haftet für Versehen nach der Regel (§§. 468, 469); für ein geringes Versehen steht er ein, wenn er ohne erhebliche Ursachen von der bisherigen Art des Geschäftsbetriebes abweicht[8]); den Zufall trägt er von Einnahmeresten, und zwar von solchen, welche durch unbefugtes Kreditiren entstanden sind, in der Art, daß er sie bei der Auslieferung des Guts bezahlen und für sich nehmen muß[9]), von den Uebrigen insofern als er unnöthigen Kredit gegeben hat, sowie von den Kassenbeständen, wenn er mit der Rechnungslegung säumt[10]). III. Der Herr muß, wenn ein Inbegriff von Sachen zur Verwaltung übergeben wird, nach einem Verzeichnisse die Uebergabe leisten, sonst muß er künftig wegen jedes bestrittenen Stücks in gewöhnlicher Art den Beweis führen[11]); er muß dem Verwalter über richtig gelegte und abgenommene

---

5) §§. 123—125 a. a. O. Prozeßvollmacht muß er in allen Fällen nachbringen.

6) §§. 135—139, 160 a. a. O.

6a) Pr. des O. Tr. 1756 v. 29. Mai 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 210).

7) §§. 116, 140 das. — L. 10, §. 2 D. mandati (XVII, 1). Ist, bezüglich auf Privatverwalter, nach G. R. streitig.

8) §. 112 a. a. O. Die Bestimmung ist nicht konsequent.

9) §§. 117, 162, 163 das. — Nach G. R. will man darauf sehen: ob die Reste durch die Nachsicht uneinziehbar geworden.

10) §§. 141, 162 und 163 a. a. O.

11) §§. 133, 134 a. a. O. Ist eine bloße Anwendung der Regel über die Beweislast.

Rechnung quittiren und, so lange die Rechnung noch angefochten werden kann, ihm die Einsicht der Bücher gestatten [12]); ferner ihm die übernommenen Verbindlichkeiten gegen Dritte abnehmen, Vorschüsse und Kosten, wie einem Mandatar, erstatten und beziehlich verzinsen, und den bedungenen Lohn bezahlen [13]); er muß auch die aus der Verdunkelung der Geschäfte in Folge der verzögerten Rechnungsabnahme entstehenden Nachtheile und die Kosten der gerichtlichen Abnahme der Rechnung, wenn er mit der außergerichtlichen Abnahme gesäumt hat, tragen [14]). Wegen der Verwendungen, Kosten und vorbedungenen Besoldung, nicht wegen anderer Gegenforderungen aus der Verwaltung, hat der Verwalter das Retentionsrecht auf die verwaltete Sache [15]). III. Das Verhältniß gegen dritte Personen ist wie bei dem Vollmachtsauftrage; die unmittelbare Beziehung zwischen dem Herrn und dem Dritten tritt hier auch dann ein, wenn zwar der Verwalter auf seinen eigenen Namen abgeschlossen hat, doch aus den Umständen erhellet, daß er als Verwalter gehandelt hat [16]). Zu Geschäften, welche nicht zur laufenden Verwaltung gehören, z. B. zur Vorauserhebung noch nicht fälliger Einkünfte, ist er nicht ermächtigt [17]).

§. 663.

b) Beendigung.

I. Die Verwaltung hat den eigenthümlichen Aufhebungsgrund, daß die Herrschaft den Verwalter, der sich eines Betruges, einer groben Fahrlässigkeit, oder eines feindseligen Betragens gegen sie schuldig macht, sofort ohne alle Entschädigung seines Amts entsetzen kann, ohne daß das ihm sonst zustehende Retentionsrecht weiter berücksichtigt wird [1]). Außerdem kann dieses Rechtsverhältniß in jedem Falle, von Seiten des Prinzipals, einseitig nach Will-

---

12) §§. 145, 161 das. Wenn nämlich der Prinzipal die Bücher aufbewahrt hat. Eine Verbindlichkeit dazu hat er nicht.

13) §§. 149, 165 das. Ist kein Lohn bedungen, so kann die in der Gegend übliche Besoldung, nach I, 11, §. 873 gefordert werden; das Retentionsrecht steht aber nur wegen der vorbedungenen Besoldung zu. §. 165 d. T.

14) §§. 143, 144 a. a. O. Abnahme ist Erklärung über die abgelegte Rechnung.

15) §. 165 das. Wegen der übrigen Forderungen kann Es auf die andern Gegenstände (Bücher, Kassenbestände ꝛc.) ausgeübt werden.

16) §§. 126, 127, 129—131 a. a. O.

17) Pr. des O. Tr. v. 6. Septbr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 214).

1) II, 20, §. 1348. Der Titel 20 ist zwar aufgehoben, dieser civilrechtliche Grundsatz folgt aber auch aus der Natur des auf Vertrauen gegründeten Rechtsverhältnisses und aus der damit in Widerspruch stehenden Treulosigkeit. S. die folg. Note.

führ, gleich einem Mandate auch mündlich gekündigt werden; es erwächst daraus nur eine Pflicht des Prinzipals zur Entschädigung des Verwalters [2]). II. Folgende aus dem Rechtsverhältnisse entsprungene Verbindlichkeiten haben eigenthümliche Erlöschungsgründe: 1. Die Rechnungslegung gilt für stillschweigend erlassen, wenn der Prinzipal dem Verwalter eine Rechnung durch fünf Jahre, von da angerechnet, wo solche hätte übergeben werden müssen, nicht abfordert [3]). Ist die Rechnung wenn auch nur außergerichtlich gefordert worden, so läuft von da an die fünfjährige Frist von Neuem [4]). 2. Eine gelegte Rechnung gilt für stillschweigend quittirt, wenn der Rechnungsnehmer sie unterschreibt, oder wenn er die gehörig gelegte, d. h. mit Belägen versehene, und in Empfang genommene Rechnung fünf Jahre hindurch, vom Tage der Zustellung an gerechnet, abzunehmen versäumt [5]). Die Wirkungen der Quittirung sind immer dieselben, mag die Quittungsleistung durch Worte oder durch die gedachte omissive Handlung ausgedrückt sein: es finden fortan keine Ausstellungen gegen die einzelnen Sätze und Beläge mehr statt, wenngleich der Abschluß einen Vorschuß für den Rechnungsleger (Verwalter) ergiebt [6]). Nur ausnahmsweise finden noch Ausstellungen oder Nachforderungen statt: a) wegen unredlicher Handlungen; b) wegen später entdeckter Rechnungsfehler; c) wegen solcher Geschäfte, die in der Rechnung nicht vorkommen [7]). Die Nachforderungen ver-

---

2) Pr. des O. Tr. 1708, v. 24. Jan. 1846. Vergl. o. Note 4 zu §. 659.

3) I, 14, §§. 157—159. Diese Frist ist keine Verjährung, sondern eine Erklärungsfrist. S. o. §. 149, Note 12, No. I, 10, Bd. I, S. 299. Das O. Tr. ist anderer Meinung (Entsch. Bd. IV, S. 346). Es fehlen jedoch ganz entschieden, außer dem Zeitverlaufe, fast alle Erforderniße einer Verjährung. S. Recht der Ford. §. 299 und bes. meine Beurtheilung der Entsch., S. 277 ff.

4) Schles. Archiv, Bd. V, S. 409. Pr. 606 b, v. 5. Febr. 1839 (Entsch. Bd. IV, S. 341, Nr. II.).

5) I, 14, §§. 154, 155. Pr. 617, v. 25. Februar 1839. Auch dies ist keine Verjährung. Die unmonirt gebliebenen Posten bei monirten Rechnungen gelten gleichfalls für stillschweigend quittirt. Pr. 1557, v. 22. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 290). Darauf kann der Rechnungsleger sich berufen, wenngleich er selbst auf gerichtliche Abnahme und Dechargirung klagt. Pr. 1560 b, vom 22. März 1845.

6) Der Grundsatz findet nicht bloß auf Privatverwalter, sondern auch auf die Verwalter öffentlicher Kassen und Anstalten, und auf die Rechnungen der Rendanten und Verwalter des Vermögens von Korporationen Anwendung. Pr. 676, v. 17. Mai 1839 und 1560, v. 22. März 1845.

7) §§. 146—148 a. a. O.

jähren binnen 10 Jahren nach der Quittirung, mit Ausnahme der Forderungen aus Rechnungsfehlern und wegen Betrugs, welche gegen den Rechnungsleger selbst, nicht auch gegen dessen Erben, in der gewöhnlichen Verjährungszeit noch geltend gemacht werden können [8]).

Drittes Kapitel.

Wesentlich zweiseitige Verträge (Rechtsverhältnisse mit directae actiones).

§. 664.

Uebersicht.

Zweiseitige Verträge sind solche, in welchen jeder Theil Verbindlichkeiten gegen den Andern übernimmt, wovon der Grund in der anderseitigen Verbindlichkeit liegt; jeder Theil hat daher eine direkte Klage gegen den Andern. Die Wesenheit besteht mithin darin, daß jeder Theil gegen den Andern eine einseitige Forderung hat, die jedoch durch die Gegenleistung bedingt ist: die beiderseitigen Forderungen bedingen sich mithin wechselseitig. Diese wechselseitigen Rechtsverhältnisse fallen nach ihren unterscheidenden Eigenthümlichkeiten in zwei Klassen. Die eine Klasse begründet unter den Parteien eine Gemeinschaft und hat folgende Eigenheiten: 1. die Leistungen lassen sich nicht im Voraus bestimmen, sondern erhalten erst bei der Auflösung, nach den angenommenen Grundsätzen mit Rücksicht auf den Erfolg, ihre schließliche Bestimmung; 2. alle Theile haben der Art nach gleiche Rechte, nach der Größe oder dem Umfange können die Rechte ungleich sein; 3. Keiner kann ausschließlich nur seinem Vortheile dienen, vielmehr muß Jeder zugleich im Interesse der Andern handeln. Das ist der Grund, warum hier in der Regel Jeder nur denjenigen Grad von Aufmerksamkeit anzuwenden schuldig ist, welcher in seiner Gewohnheit liegt (diligentia quam suis rebus adhibere

---

8) §§. 150. 151 a. a. O. — Rechnungsfehler ist Verstoß gegen die mathematische Wahrheit, oder Mangel der Stimmung des herausgebrachten Resultats mit der Aufgabe, wovon der Grund sowohl in unrichtigem Ansatz als in unrichtiger Behandlung der richtigen Ansätze liegen kann. Brinkmann, wissenschaftlich-praktische Rechtskunde, Bd. I (Kiel, 1831), Nr. 26.

solet)*). Die hierher gehörigen Rechtsverhältnisse sind: der Gesellschaftsvertrag (Sozietät); die zufällige Gemeinschaft (communio incidens) mit den zwei Spezien, nämlich: der Grenzregulirung und der in das fünfte Buch (§. 876 flg.) gehörigen Erbschaftsgemeinschaft; und die Gemeinschaft einer schädlich gewordenen Gefahr. Die zweite Klasse besteht aus solchen Rechtsverhältnissen, in welchen jede Partei nur ihren eigenen Vortheil wahrnimmt und die wechselseitigen Leistungen, im Voraus bestimmt, gegenseitig ausgetauscht werden.

Erste Ordnung.

Forderungen aus einer Gemeinschaft.

1. Gesellschaftsvertrag (Sozietät, societas).

A. L. R. I, 17, §§. 169—310. — George Karl Treitschke, die Lehre von der Erwerbsgesellschaft, nach Röm., Oesterreich., Preuß., Sächs. u. Französischen Rechten. Leipzig, 1825.

§. 665.

1. Begriff, Arten und Form.

I. Der Gesellschaftsvertrag ist die Vereinigung Mehrerer zur Erstrebung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinschaftlichen Mitteln und Kräften [1]). Wesentliche Erfordernisse sind mithin: 1. Gemeinschaft in Mitteln und Kräften, wenn gleich die Theilnehmungsrechte nach Art und Größe (in quali et quanto) ungleich sind; 2. Gemeinschaftlichkeit im Endzwecke [2]); 3. Begründung dieser Gemeinschaft durch vorausgegangenen Vertrag, welcher die Errichtung der beabsichtigten Gesellschaft ausdrücklich zum

---

*) L. 25, §. 16 D. fam. ercisc. (X, 2). — I, 17, §§. 211, 212. S. o. §§. 468, 469.

1) §. 169 d. T. u. II, 6, §. 1. — L. 5, §. 1 u. 2 D. pro socio (XVII, 2); L. 1 C. eodem (IV, 37). — L. 35, §. 5 D. de mortis c. donat. (XXXIX, 6); L. 16, §. 1 D. de minor. (IV, 4).

2) Für den, welcher bloß zu den Mitteln beiträgt und nicht an dem Erfolge Theil nimmt (societas leonina), ist das Verhältniß keine Societät. §§. 245, 246 a. a. O.; L. 29, §. 2, L. 5, §. 2 pro socio (XVII, 2); L. 16, §. 1 D. de minor. (IV, 4); L. 32, §. 24 D. de donat. inter vir. (XXIV, 1). Aber daß Einer an dem Verluste nicht Theil nehme, ändert die Sache nicht. L. 29, §. 1 D. pro socio. Auch können die Antheile am Gewinne und die Antheile am Verluste verschieden bestimmt werden. L. 30 D. eodem.

Gegenstande hat[3]). II. Man unterscheidet: 1. nach dem Zwecke societas quaestuaria oder negotiatoria (Erwerbsgesellschaft), wenn Vermögensvortheile erworben werden sollen, und s. non quaestuaria oder simplex, wenn etwas Anderes beabsichtigt wird. Von der letztern Art Gesellschaften gelten die besonderen, dem L. R. eigenthümlichen, Grundsätze, daß, wenn die Gesellschaft eine erlaubte ist, die Gesellschafter unter sich die inneren Rechte der Korporationen und Gemeinen haben (§. 56), in Verhältniß zu Andern hingegen nur für Gemeinschafter gelten und nach den von Gemeinschaften geltenden Grundsätzen beurtheilt werden[4]); wenn aber die Gesellschaft unerlaubt ist, die Gesellschafter wie Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung, sowohl unter sich als gegen Andere, behandelt werden[5]). Die Erwerbsgesellschaft, von welcher allein in diesem Kapitel gehandelt wird, nennt man 2. nach den Mitteln societas operarum, wenn der Zweck mit gemeinschaftlichen Handlungen und Kraftanwendungen erstrebt werden soll, und s. rerum, wenn schon erworbene Vermögensgegenstände zusammen geschossen werden; es können auch beide Arten von Mitteln sich vereinigen. Die societas rerum zerfällt noch, ohne daß diese weitere Eintheilung praktische Wichtigkeit hätte, in die s. sortis s. quoad dominium, wenn das Eigenthum, und in die s. usus s. quoad usum, wenn bloß der Gebrauch und die Nutzung gemeinschaftlich wird[6]). Im Zweifel wird die letztere vermuthet[6a]). 3. Nach der Ausdehnung ist die Erwerbsgesellschaft eine s. universalis seu omnium bonorum[6b]), wenn sie die ganze gegenwärtige und künftige Habe umfaßt, und s. particularis seu unius rei, wenn solches nicht der Fall ist. Die Letztere theilt man wieder in s. generalis, wenn sie den gesammten Erwerb umfaßt, s. specialis, wenn sie sich auf einen gewissen Erwerbszweig bezieht, und s. singularis, wenn sie auf

---

3) Gemeinschaftliche Erwerbung durch Vertrag begründet keine Sozietät unter den gemeinschaftlichen Erwerbern. §§. 172, 173 d. T.; L. 31 D. pro socio.

4) II, 6, §§. 12—15, 21. Pr. des O. Tr. 2268, v. 13. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX. S. 328).

5) §§. 6—10 a. a. O. Vergl. L. 57 D. pro socio; L. 70 §. ult. D. de fidejussor.; L. 1, §. 14 D. de tutelae et rat. distrah.

6) Vergl. den Fall der L. 58 pr. D. pro socio.

6a) §§. 202, 256, 257 d. T. Nach G. R. ist man darüber uneinig.

6b) Röm.: „universarum fortunarum". L. 73 D. eodem.

eine einzelne Unternehmung geht. Die allgemeine Gütergemeinschaft, hinsichtlich des Eigenthums, ist nur unter Eheleuten zulässig; andern Personen ist die allgemeine Gesellschaft nur in Ansehung des Erwerbes erlaubt[6c]). III. Der Vertrag muß: 1. wenn eine allgemeine Gesellschaft in Beziehung auf den Erwerb errichtet werden soll, gerichtlich abgeschlossen und öffentlich bekannt gemacht; 2. in allen andern Fällen schriftlich abgefaßt werden[6d]). Ist die Form vernachlässigt, so besteht keine Gesellschaft, sondern durch die gemeinschaftlichen Verwendungen und Erwerbungen entsteht eine zufällige Gemeinschaft[6e]).

2. Verbindlichkeiten.

§. 666.

a) Der Gesellschafter unter sich.

I. Jeder kann von jedem Gesellschafter mittelst der actio pro socio angehalten werden, seinen Theil zu leisten; dieses Recht hat Jeder für sich und die Klage ist nicht gemeinschaftlich. Die Theile müssen auf die Weise bestimmt werden, daß vor Allem Gewinn und Verlust mit einander verglichen und dann der Saldo, gleichviel, ob er Gewinn oder Verlust darstellt, getheilt wird, welche Operation bei langdauernden Gesellschaften alljährlich, sonst in der Regel am Ende, gefordert werden kann[7]). Fehlt die Bestimmung des Grundsatzes über die Theile[8]), und sind die Beiträge Aller nicht Geldbeiträge oder nicht nach einem bestimmten Geldwerthe geschätzt worden: so gelten gleiche Theile nach der Personenzahl; bestehen die Beiträge Einiger in Gelde, Anderer in Diensten: so erhält der Dienste Leistende einen solchen Antheil wie Derjenige, welcher den kleinsten Beitrag giebt; geben Alle Geld, so bestimmt der Betrag der einzelnen Beiträge die Antheile nach Verhältniß

6c) §§. 176—178 d. T. Die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft ist dabei mit der davon sehr verschiedenen societas omnium bonorum verwechselt.

6d) §§. 170, 171, 178—180 d. T.; II, 8, §. 616. — S. o. §. 550.

6e) §. 171 d. T. Nach G. R. ist die Sozietät ein Konsensualkontrakt.

7) §§. 241, 242, 261, 262 a. a. O. — L. 30 D. pro socio. — §. 2 J. eod.

8) Dieses wird auch angenommen, wenn der Eine schenken will und der Vertrag als Schenkung nicht bestehen kann. §§. 245, 246 a. a. O.

zum Ganzen[9]). Ist die Gesellschaft eine societas sortis, so sind die Gesellschafter, welche bloß Dienste leisten, nicht Miteigenthümer, und tragen mithin auch nicht zu dem Verluste bei[10]), d. h. sie sind, wenn das Gesellschaftsvermögen, woran sie ohnehin keinen Theil haben, zur Deckung der Schulden nicht hinreicht, in dem Verhältnisse zu den Gesellschaftern, nicht schuldig, die Mittel aufbringen zu helfen[11]). II. Die Grundsätze des G. R. in Ansehung der wechselseitigen Mittheilung des Eigenthums bei der societas universorum bonorum haben, weil diese Art von Sozietät nicht anerkannt ist, keine Geltung; kommt ein solcher Vertrag thatsächlich vor, so ist in Ansehung der noch unverwendeten Vermögensstücke nichts gewirkt, und wegen der neuen Erwerbungen ist eine zufällige Gemeinschaft entstanden. Bei der allgemeinen Erwerbsgesellschaft (societas usus) sollen wegen Eingehung des Vertrags und hinsichtlich Dessen, was im Zweifel zur Gemeinschaft zu rechnen ist, die Grundsätze von der Gemeinschaft des Erwerbes unter Eheleuten angewendet werden, und hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Gesellschafter bei dem Besitze, der Verwaltung und Benutzung des Sozietätsvermögens, sollen die Regeln der zufälligen Gemeinschaft gelten[12]). III. Bei der partikularen Erwerbsgesellschaft[13]), welche nach ihrer Ausdehnung in sehr verschiedenen Abstufungen vorkommt, wird nur Dasjenige kommunizirt, was als Fonds zusammengeschossen und was durch die gesellschaftlichen Unternehmungen erworben wird.

---

9) §§. 189, 190, 205, 251—255 a. a. O. — L. 29 pr. D. eod. — §. 1, 3 J. eod. (III, 26).

10) §§. 198, 201, 256, 257 a. a. O. — Recht der Ford. §. 303. — Die Frage ist nach G. R. bestritten. Guyet Abh.: ob man annehmen soll, daß die eingeworfenen Sachen zum Eigenthume oder nur zum Gebrauche der andern Gesellschafter mitgetheilt wurden; in den Abh. aus dem Gebiete des Civilrechts, S. 227 flg. — Eingebildet sind die widersinnigen praktischen Ergebnisse, die aus der entgegengesetzten Annahme folgen sollen, indem der dienende Theilnehmer durch sofortigen Antrag auf Theilung ohne Weiteres das Vermögen des Sozius zur Hälfte erwerben würde. Das geht nicht so ohne Weiteres vor Erreichung des gesetzten Zwecks. Dagegen führt gerade der gesetzlich angenommene Grundsatz bei redlicher Ausdauer und Pflichterfüllung zur Absurdität. Recht der Ford. a. a. O. S. 529.

11) Der Begriff des Verlustes ist im A. L. R. §. 242 eigenthümlich als Dasjenige bestimmt, was aus dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht gedeckt werden kann. Darnach hätte eine Gesellschaft, welche ihren Fonds bis auf 1 Sgr. eingebüßt, noch Gewinn.

12) §§. 182, 183 a. a. O. Der Grund, warum hierin die Grundsätze von der Sozietät nicht gelten sollen, ist nicht bekannt.

13) Societas quaestus causa contracta. L. 7—13 D. eod.

Die hauptsächlichsten Gesellschaften dieser Art sind die Handelsgesellschaften. (S. o. §. 416, Bd. I, S. 749). IV. Die Klage (actio pro socio), welche eben so während der Dauer, als nach der Auflösung der Sozietät stattfindet, hat zum Gegenstande: 1. Zweckentsprechende Bestrebung, ohne Belohnung für Bemühungen, und Leistung des Interesses für Unterlassungen[14]), wobei die Vortheile eines sonst angewendeten besondern Fleißes nicht kompensirt werden dürfen[15]). 2. Kommunikation des Gewinnes und Verlustes, welche sich sowohl auf die Form als auf den Inhalt bezieht. Der Form nach muß sie geschehen, wenn ein Gesellschafter als solcher Rechtsverhältnisse eingegangen ist, wozu er keine ausdrückliche Vollmacht hatte, in welchem Falle der dritte Kontrahent sich nur an ihn halten kann, indem ein Gesellschafter als solcher die Uebrigen nicht vertritt[16]), insofern keine versio in rem dabei vorgekommen ist[17]). Der Inhalt betrifft: 1. die Vortheile. Dazu gehört Alles, was einzubringen versprochen worden ist und was bei Erstrebung des Gesellschaftszwecks erworben wird[18]), ohne Unterschied, mit wessen Mitteln die Erwerbung gemacht worden[19]); ferner die aus der Verwaltung gewonnenen Früchte und Zinsen[20]), Verzugszinsen oder Schadenersatz wegen eigenmächtigen Gebrauchs der Mittel aus Eigennutz[21]), und wegen verzögerter Auslieferung nach allgemeinen Grundsätzen, und endlich Ersatz des Interesses für Vernachlässigungen, nach Maßgabe des hier zuzurechnenden Versehens (§. 664, Nr. 3). 2. Der Nachtheil. Dazu gehören: a) wirklicher Schaden, wovon der Sozius bei Verrichtung eines gemeinschaftlichen Geschäfts betroffen worden ist, wenn er das ihm obgelegene Geschäft nicht hat ver-

---

14) §§. 206, 228, 229 a. a. O. — §. 9 J. eodem.

15) §. 215 a. a. O. — L. 25. 26 D. eod.

16) §§. 231, 210, 233 a. a. O. — L. 74, L. 52 pr. §. 13 D. eod. — L. 2 C. eod.

17) §. 236 a. a. O. — L. 3 pr., L. 28, 82 D. eod. — S. o. §. 573.

18) §. 233 a. a. O. — L. 52, §. 5, 6; L. 71, §. 1 D. eod. — L. 3 C. eodem.

19) §§. 233, 219 a. a. O. — L. 4 C. communia utriusque jud. (III, 38); L. 8 C. si quis alteri et sibi (IV, 50).

20) §. 219 das. — L. 67, §. 1 D. pro socio.

21) §. 224 a. a. O. — Nach R. R. müssen 12 Prozent Strafzinsen gezahlt werden. L. 60 pr. D. eod. — L. 38 D. de negot. gest. (III, 5); L. 1, §. 1 D. de usur. (XXII, 1).

richten können, ohne sich der Gefahr auszusetzen[22]); b) Schulden, welche ein Theil für die Gesellschaft übernommen hat; c) Kosten und Auslagen mit Zinsen für die aus eigenen Mitteln gemachten Vorschüsse[23]). V. Wegen dieser Forderungen eines Gesellschafters findet die Klage während der Dauer des Verhältnisses nur gegen Alle auf Leistung aus den gemeinschaftlichen Mitteln, nach der Auflösung gegen Jeden nur für seinen Theil statt, und über jedes einzelne Geschäft muß jeder Gesellschafter den Genossen Rechnung legen[24]). Nur die Handelsgesellschafter haben das beneficium competentiae[25]).

§. 667.

b) Bezüglich auf dritte Personen.

In dem Verhältnisse zu dritten Personen kommen die Gesellschafter als Einzelne in Betracht. I. Ist ein Dritter Schuldner der Gesellschaft, so wird die Forderung wie eine gemeinschaftliche behandelt[26]). II. Ist der Dritte Gläubiger, so haften die Gesellschafter Alle solidarisch und zwar, wenn sie selbst kontrahirt haben, ohne Einschränkung[27]), wenn sie dabei vertreten worden sind, mit der Maßgabe, daß die Personalexekution nur gegen den als Stellvertreter der Uebrigen aufgetretenen Gesellschafter, wenn gleich er dazu bevollmächtigt war, stattfindet[28]). Hat Jemand

---

22) §. 227 a. a. O. — I, 13, §. 81. Anders nach R. R., wonach Alles ersetzt werden muß, was ein Sozius im Dienste der Gesellschaft durch Zufall (vis major) einbüßt. L. 52, §. 4, L. 60, §. 1, L. 61 D. eod. — Das Pr. R. stellt den Sozius hierin dem Mandatar gleich, was darum nicht gerechtfertigt ist, weil in dem Mandatsverhältnisse Nichts, mithin auch nicht der Zufall, gemeinschaftlich ist, vielmehr eine Liberalität zum Grunde liegt. Zum Schaden gehört auch der Verlust, welcher durch die Insolvenz eines Sozius entsteht. §. 238 a. a. O. L. 63, §. 5, L. 67 pr. D. eod.

23) §§. 225, 226 a. a. O. — L. 38, §. 1, L. 52, §. 15, L. 60, §. 1, L. 61, L. 67, §. 2 D. eod.

24) §§. 219—223 a. a. O.

25) A. G. O. I, 49, §. 16, Nr. 5. — Anders nach L. 63 pr. D. eod. — L. 16 D. de re jud. (XLII, 1). S. o. §. 489.

26) §§. 233, 234 a. a. O. Nach R. R. kann jeder pro rata klagen. L. 11, §. 1 D. duobus reis (XLV, 2); L. 9 C. si certum pet. (IV, 2).

27) §. 239 a. a. O. — I, 5, §. 424. Anders nach L. 82 pr. D. pro socio.

28) §§. 239, 240 a. a. O. Nach R. R. tritt hier ebenfalls Solidarität ein, weil Jeder den Auftrag ganz gegeben hat. L. 1, §. ult., L. 2—4, §. 1 D. de exercit. act. (XIV, 1); L. 13, §. 2 D. de instit. act. (XIV, 3).

als Stellvertreter ohne Vollmacht für die Gesellschafter kontrahirt und ihnen in rem vertirt, so haften die Gesellschafter nur pro rata, und Jeder für den Theil des Andern subsidiarisch[29]). In dem Falle, daß das Publikum Grund hat, das Dasein einer Sozietät anzunehmen, wie z. E. wenn eine öffentliche Bekanntmachung erlassen worden ist (§. 665 No. III), haften die Gesellschafter solidarisch auch dann, wenn unter ihnen selbst, wegen Mangels der Form, keine Sozietät besteht[30]); sie haften selbst wechselmäßig, wenn unter der Firma eine Wechselverpflichtung übernommen worden ist[31]).

§. 668.

3. Beendigung des Verhältnisses.

I. Die Sozietät nimmt ein Ende: 1. durch Dissens[1]); 2. durch Erreichung des Zwecks[2]); 3. durch Eintritt der natürlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit des Zwecks[3]); 4. durch Ablauf der Zeit[4]); 5. durch Eintritt gewisser Veränderungen in der Person eines Socius. Dahin gehört: a) der Tod, doch nur dann, wenn der Verstorbene Handlungen zu leisten hatte und nicht ausdrücklich verabredet worden ist, daß die Erben in dessen Stelle treten sollen; und auch in diesem Falle ist der Tod nicht selbst der Beendigungsgrund, sondern berechtigt nur die Erben, wenn ihnen der Erblasser nicht die Fortsetzung zur Pflicht gemacht hat, sowie die übrigen Gesellschafter zum Rücktritte; außer diesem Falle hingegen ändert der Tod das Rechtsverhältniß nicht[5]). b) Einziehung eines Mitgliedes zur Bestrafung wegen Verbrechen; c) Erklärung für einen Verschwender oder sonstige Bevormundung wegen Geisteskrankheit[6]); d) Konkurs[7]), jedoch nur in Ansehung des Gemein-

---

29) §§. 236—238 a. a. O. Die Satzung wegen der subsidiarischen Haftung ist aus L. 63, §. 5, L. 67 pr. D. pro socio zu erklären, aber doch folgewidrig.

30) Plenarbeschluß des O. Tr. v. 23. Januar 1843 (J. M. Bl. S. 75).

31) Pr. des O. Tr. v. 7. September 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 247).

1) L. 65, §. 3 D. pro socio (XVII, 2). — S. o. §. 567.

2) §. 277 a. a. O. — §. 6 J. eod. (III, 25 [26]).

3) §. 277 das. — L. 58 pr., L. 63 §. 10 i. f. D. eodem.

4) §. 277 a. a. O. — L. 65, §. 6, 10 D. eodem.

5) §§. 278—287 a. a. O. Ganz anders nach R. R., wonach der Tod eine Sozietät dergestalt auflös't, daß durch den Eintritt der Erben eine Neue entsteht. L. 59 pr., L. 58, §. 2, L. 4, §. 1, L. 35, 37, 65, §. 9 D. eod.

6) §. 274 a. a. O. Die Bevormundung ist nicht genannt; der Grund, nämlich die Handlungsunfähigkeit, trifft jedoch auch außer dem Falle der Verschwendung zu.

7) Unbedingt nach L. 65, §. 1 D. eodem und §. 8 J. eodem.

schuldners und bei Handelsgesellschaften [8]); bei Andern ist er nur ein Grund zum Austritte für jeden Theil [9]). 6. Durch einseitige Aufkündigung (Renunziation), welche zu jeder Zeit formlos geschehen kann [10]), ausgenommen: a) wenn das Verhältniß auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist [11]); b) wenn die verabredete und begonnene Unternehmung noch nicht ausgeführt ist [12]). Aber auch in diesen beiden Fällen findet der Austritt statt, wenn die Fortsetzung nicht ohne neue Beiträge möglich [13]). In allen Fällen kann der wirkliche Austritt erst am Schlusse des Jahres oder einem andern zum Abschlusse paßlichen Zeitpunkt nach der Kündigung geschehen [14]). Der Austritt des Einen beendigt zwar das Verhältniß nicht zugleich auch für die Uebrigen, wenn deren noch Mehrere sind, berechtigt jedoch jedes andere Mitglied zum Austritte alsdann, wenn von dem Ausgeschiedenen und dessen Einsichten der Betrieb der Geschäfte oder eines Zweiges derselben hauptsächlich abgehangen hat [15]). 7. Durch Ausstoßung, welche zuläßig ist: a) wegen beharrlicher Nichterfüllung der Gesellschaftspflichten; b) wegen Betrugs gegen die Gesellschaft; c) wegen zu erleidender Bestrafung für Verbrechen; d) wegen Prodigalitätserklärung [16]). II. Die von der Einfachheit des R. R. bedeutend abweichende landrechtliche Auffassung des Sozietätsverhältnisses macht auch die Auseinandersetzung verwickelt und schwierig; es kommen soviel verschiedene Abfindungen vor als einzelne Mitglieder

---

8) II, 8, §. 667. Hat der Kridar bloß Dienste zu leisten, so nimmt man gemeinrechtlich an, daß die Sozietät fortdauere. Voet. Comment. XVII, 2, §. 26. Der §. 667 d. T. bezieht sich gleichfalls nur auf die Auseinandersetzung mit der Konkursmasse, also auf das Vermögen. Hat der Kridar an dem Fonds einen Theil durch seine Dienste erworben, so muß dieser an die Masse herausgegeben werden, und alsdann hört die Sozietät auch in diesem Falle auf.

9) A. G. O. I, 50, §. 291.

10) I, 17, §§. 269, 289. — L. 70, 14, 65, §. 3, 4, 6 D. eod. — Romann, über den einseitigen Rücktritt von einem Gesellschafts-Vertrage und dessen rechtliche Folgen. Heilbronn, 1825.

11) §. 270 a. a. O. — L. 14—16 pr., L. 1 pr., L. 65, §. 6 D. eod.

12) §§. 270, 304 a. a. O. — L. 65, §. 5, L. 17, §. 2 D. eod.

13) §§. 271, 272 a. a. O. Das G. R. kennt diese Ausnahme nicht.

14) §§. 291—295 a. a. O. Darüber befindet der Richter.

15) §. 290 das. Nach G. R. nimmt die ganze Sozietät sogleich ein Ende.

16) §§. 273, 274 a. a. O. Diese Satzungen sind unhistorisch und unpraktisch; man scheint dabei an Korporationen gedacht zu haben. Es versteht sich, daß der Ausgeschlossene rechtliches Gehör fordern kann; die Wirkung tritt aber vom Tage der Ankündigung an ein, wenn der Grund für gültig erkannt wird. §. 290 das.

ausscheiden, und die Ausgeschiedenen bleiben in Ansehung der bei der Ankündigung des Austritts bereits angefangenen Geschäfte bis zu deren völligen Beendigung noch Gesellschafter, auch hängt es von dem richterlichen Ermessen ab: wann die Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters erfolgen soll[17]. 1. Bei der Beendigung der Gesellschaft und Auseinandersetzung der Genossen tritt nicht der einfache Röm. Grundsatz ein, daß Aktiv- und Passiv-Obligationen ipso jure getheilt sind und die dinglichen Rechte und Sachen nach den Regeln der actio communi dividundo getheilt werden; sondern es muß eine künstliche Rechnung aufgemacht werden, in welcher alles Vermögen zusammen gerechnet, davon der Belauf der Schulden, der Betriebskosten, der Einlagen und Beiträge, so wie der Abnutzung der Werkzeuge, Geräthschaften u. s. w. vorweg abgezogen und der Saldo, sei er Gewinn oder Verlust, getheilt wird[18]. 2. Die Grundansicht ist auch nicht ohne Einfluß auf das Verhältniß der Gesellschafter zu den Gläubigern geblieben. Zwar sollte dasselbe nach der Ansicht der Verfasser des A. L. R. durch die Auflösung der Gesellschaft und die Auseinandersetzung der Mitglieder nicht verändert werden[19]; allein die Berechnungsart und die Vorwegnahme der Fonds zur Bezahlung der Schulden, in Verbindung mit dem Umstande, daß diese Mittel, soweit sie nicht sogleich verwendet werden können, Einzelnen überlassen werden, macht zur Sicherung der übrigen Gesellschafter, die davon ihren Antheil zu ihrer Deckung nicht mitnehmen, gewisse Maßregeln nothwendig. Die austretenden Gesellschafter, welche ihren Antheil zur Deckung der Schulden in der Gesellschaft zurücklassen müssen, ohne gleichwohl dadurch, den Gläubigern gegenüber, befreit zu werden, haben gegen die die Gesellschaft fortsetzenden Mitglieder die actio pro socio auf Befriedigung der Gläubiger oder auf ihre Freimachung von den Schulden, und auf Sicherstellung gegen die Ansprüche der Gläubiger[20]. Wird die Gesellschaft ganz aufgelös't, so haben die

---

17) §§. 294, 295 a. a. O. Vergl. über den Fall der unzeitigen Kündigung: L. 65, §. 3 et 4 D. h. t.; §. 4 J. eodem.

18) §§. 241, 243, 305 das. Diese Ansicht hatten schon mehrere ältere gemeinrechtliche Schriftsteller und Praktiker. S. Gail, Obs. II, obs. 24 n. 6, u. A.

19) §§. 307, 300, 301, 288 a. a. O. — Suarez, amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 57. — Vergl. L. 27, 28 D. pro socio (XVII, 2).

20) §§. 302, 303, 149, 288 a. a. O.

Gesellschafter die einseitige Befugniß, sich von ihren Korrealverbindlichkeiten einseitig dergestalt zu befreien, daß ein Jeder nur pro rata den Gläubigern verhaftet bleibt. Wenn sie nämlich die Gläubiger von der Aufhebung der Gesellschaft ausdrücklich benachrichtigen, so haben dieselben nur noch ein Jahr lang nach der Bekanntmachung oder Fälligkeit der Forderung das Recht, die Gesellschafter solidarisch in Anspruch zu nehmen, später müssen sie sich an Jeden pro rata halten[21]).

II. Gemeinschaft (communio incidens).

A. L. R. I, 17, §§. 1—114.

§. 669.

1. Das Allgemeine.

I. Gemeinschaft in der hier gemeinten Bedeutung ist der Zustand, wo mehrere Personen an dem nämlichen Gegenstande gleichartige oder auch ungleichartige Rechte haben. Hinsichtlich des Gegenstandes findet sich zwischen dem Pr. und dem R. R. der erhebliche Unterschied, daß nach dem Letztern nur eine Sache oder ein dingliches Recht, nicht aber persönliche oder Forderungsrechte, die von selbst getheilt sind, gemeinschaftlich sein können, während nach Pr. R. dieses allerdings der Fall ist (§. 517). Der Entstehungsgrund der Gemeinschaft ist bezüglich auf die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse nach R. R. ganz gleichgültig, nicht aber nach Pr. R. Durch die Gemeinschaft als solche ist nämlich ein obligatorisches Verhältniß zwischen den Theilhabern quasi ex contractu begründet, woraus zwei Forderungsrechte entspringen: auf Theilung und auf gewisse persönliche Leistungen, wie Herausgabe der Früchte, Ausgleichung des Gewinnes oder Schadens, und Schadensersatz. Nach R. R. hat dabei jeder Theilnehmer nur eben dieselbe Aufmerksamkeit zu leisten, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§. 664); die Pr. Gesetzgebung hat jedoch hierin die Aenderung getroffen, daß, insoweit die Gemeinschaft nicht aus einem Sozietätsverhältnisse entstanden, schlechthin

---

21) §§. 308—310 das. Das Alles tritt nach G. R. vermöge des Grundsatzes, daß Forderungen und Schulden ipso jure getheilt sind, von selbst ein.

für die Folgen der culpa levis eingestanden werden soll[1]). II. Die Theilung einer jeden Gemeinschaft hat, je nachdem sie mit Hülfe des Richters in Folge der entsprechenden Klage, oder durch gütliche Vereinbarung erfolgt, andere Folgen und Wirkungen. Die außergerichtliche Theilung (Privattheilung) ist ein vergleichsähnlicher, eigenthümlicher Innominatkontrakt, welcher nach den Regeln der dabei zum Grunde liegenden Geschäfte, also ganz oder theilweise nach den Grundsätzen bald des Kaufs, bald des Tausches u. s. w beurtheilt wird[2]), dabei aber doch nicht für sich eine Uebertragung des Eigenthums von dem Einen auf den andern Gemeinschafter in dem Sinne, daß eine Singularsuccession stattfindet, ist[3]). Wesentlich geht ein Austritt der Abgefundenen vor sich, wodurch bewirkt wird, daß der Uebrigbleibende, welcher bisher vom Ganzen pro indiviso Miteigenthümer war, Alleineigenthümer bleibt[4]). Die Privattheilung, d. i. eine solche, welche, wenn auch gerichtlich, ohne das bei dem ordentlichen Richter anhängig zu machende Theilungsverfahren zu Stande gekommen ist[5]), wird nach den Regeln von Vergleichen außer einem Prozesse beurtheilt, und kann nur aus solchen Gründen angefochten werden, aus welchen ein solcher Vergleich anfechtbar ist[6]).

---

1) I, 17, §. 58. — Dabei hat man an den im §. 9 J. de societate angegebenen unzureichenden Grund gedacht, ohne sich des innerlichen Grundes, welchen Paulus L. 25, §. 16 D. de fam. ercisc. (X, 2) giebt, bewußt zu sein. S. Entwurf eines A. Ges. B. Th. II, Abth. 3, Tit. 14, §. 37 und Suarez in der revisio monitorum. (Ges.-Rev., Motive z. Entw. des Tit. 17, Th. I, S. 5).

2) I, 17, §§. 97, 98. — L. 1 C. communia utriusque (III, 38).

3) Schles. Arch. Bd. II, S. 2 flg. u. 25 ff. — Entsch. des O. Tr. Bd. VII, S. 285. — S. u. §§. 876 flg. — Nov. 112, c. 1. — Die Ansichten darüber sind verschieden. Bei den Meisten ist die Bedeutung des Miteigenthums auf das Ganze (Note 4) nicht im Bewußtsein.

4) Deshalb bedürfte es nicht der mittelbaren Erwerbungsart der Uebergabe, denn diese ist nur bei dem eigenthümlichen Besitz bestimmter Theile einer Sache denkbar; der §. 103 d. T., wonach Eigenthum und Gefahr in Ansehung des Ganzen bei Theilungen nur ebenso wie bei Kaufverträgen in Ansehung körperlicher Sachen, und bei Cessionen in Ansehung der Rechte auf den Uebernehmer des Ganzen übergeht, — würde daher, insofern damit eine Uebergabe als die eigentliche Uebertragungsart gemeint sein sollte, nicht entsprechend sein; indeß läßt sich die Bestimmung auch bloß von der Wirkung der Ausscheidung der übrigen Theilnehmer, bezüglich auf das Ganze, verstehen. Alsdann steht die Bestimmung auch mit I, 11, §. 573 im Einklange. S. Recht der Ford. §. 327, I.

5) Recht der Forderungen, §. 310, Bd. III, S. 556 ff.

6) I, 17, §§. 111 u. 112. Nach G. R. ist die Frage: in wiefern ein Theilungsvertrag anfechtbar sei, wegen L. 3 C. communia utriusque judicii (III, 37) bestritten.

2. Gerichtliche Theilung.

§. 670.

a) Allgemeine Theilungsklage (actio communi dividundo).

Das Rechtsmittel, durch welches die Theilung der Gemeinschaft wider den Willen einzelner Theilnehmer durchgesetzt werden kann, ist die Theilungsklage, welche ihren Grund in der aus der Gemeinschaft entspringenden Obligation hat (§. 669, I). Die allgemeine Theilungsklage (actio communi dividundo) paßt für alle Fälle, ist aber jüngern Ursprungs als die beiden speziellen Klagen: die a. familiae erciscundae (§. 877), der sie nachgebildet worden ist, und die a. finium regundorum (§. 671). Bedingung der Klage ist ein Theilnehmungsrecht, welches mithin, wenn es bestritten wird, durch die geeignete dingliche Klage vorweg festgestellt werden muß [7]; denn die Theilungsklage ist nur eine persönliche [8]. Jeder Theilnehmer kann als Kläger auftreten und ist Kläger und Beklagter zugleich (judicium duplex) [9]. I. Der Hauptgegenstand ist die Theilung, welche in der Regel zu allen Zeiten in Antrag zu bringen ist, und nur ausnahmsweise, wegen Anordnung des Stifters der Gemeinschaft, oder wegen vertragsmäßiger Verpflichtung zur Fortsetzung, oder wegen Unpaßlichkeit der Zeit verschoben werden muß [10]. Das richterliche Ermessen und die Adjudikation kommen bei dem Verfahren nach Pr. R. nicht vor. Kommt keine gütliche Vereinigung zu Stande, so wird nach folgenden Anweisungen verfahren: 1. Was theilbar ist, ohne durch die Theilung an Werth zu verlieren, soll in Natur getheilt werden. 2. Was nicht getheilt werden kann und auch nicht Einzelnen für einen bestimmten Preis vergleichsweise überwiesen wird, soll in Theile gelegt und die Theile sollen unter den Theilnehmern verlooset werden. 3. Kann man sich über die Legung der Theile nicht einigen, so findet auf den Antrag auch nur Eines Interes-

---

7) L. 1, §. 1 D. fam. erciscundae (X, 2). — A. G. O. I, 46, §. 3.

8) L. 1 D. finium regundorum (X, 1); L. 1 D. communi divid. (X, 3).

9) L. 10 D. fin. reg.; L. 44, §. 4 D. fam. ercisc.; L. 37, §. 1 D. de oblig. (XLIV, 7).

10) §§. 78—80, 83—86 a. a. O.

senten der öffentliche Verkauf statt. 4. Dieser hat auch statt in allen Fällen, wo die Naturaltheilung unanwendbar ist[11]), und zwar der öffentliche Verkauf unbeweglicher Sachen auf den Antrag eines jeden Interessenten gegen die Miteigenthümer und deren Sondergläubiger, nicht gegen die gemeinschaftlichen Realgläubiger, Pächter, Miether rc.[12]), mit den Wirkungen der nothwendigen Subhastation, wobei der Widerspruch eines Theilhabers gegen den Zuschlag nur alsdann berücksichtigt wird, wenn der Widersprechende zugleich auf Ansetzung eines neuen Termins anträgt, für das geschehene Gebot sowie für allen aus der Verzögerung des Zuschlags entstehenden Nachtheil und für die Kosten zu haften sich verpflichtet und dafür eine bestimmte Kaution sogleich niederlegt[13]). II. Nebenverbindlichkeiten sind: 1. die Zahlung der von dem Uebernehmer an die Ausscheidenden zu zahlenden Abfindung und die von Diesen dem Uebernehmer zu leistende Gewähr[14]); 2. Schadensersatz (§. 669, I). III. Als Kläger oder, nach der Pr. Rechtssprache als Extrahent der Theilung, können nicht bloß die Theilhaber selbst, sondern auch deren Rechtsnachfolger, namentlich deren Realgläubiger sowie diejenigen Gläubiger, welche sich im Wege der Exekution das Forderungsrecht ihres Schuldners aus der Gemeinschaft (die actio communi dividundo) haben richterlich überweisen lassen, auftreten[15]). IV. Ueber das Verhältniß der Theilnehmer zu einander und über die Ausführung

---

11) §§. 87—90 das. — I, 11, §. 572. Ausnahmen finden sich bei manchen Verhältnissen in den Provinzialgesetzen, z. B. in dem Märkischen bei der Auseinandersetzung der Erben mit dem nachgebliebenen Ehegatten, der nicht verlangen kann, daß wegen seiner statutarischen Portion das Nachlaßgrundstück subhastirt werde (Pr. 2047 v. 2. September 1848); im Lande Siegen bei der Theilung eines gemeinschaftlichen Hütten- oder Hammerwerks. Pr. 762, v. 6. Dezbr. 1839.

12) Verordnung vom 11. April 1843 (G. S. S. 323).

13) V. II, v. 4. März 1834, §§. 2 u. 13. (G. S. S. 39).

14) §§. 97, 98 a. a. O. — L. 14 C. fam. ercisc. (III, 36); L. 1 C. communia utriusque (III, 38).

15) Recht der Ford. §. 312. Andere meinen, es könne nur der ideelle Antheil des Schuldners verkauft werden. Das würde nur zufällig ausführbar sein, wenn nämlich der Gegenstand gerade ein einzelnes Grundstück wäre, nicht aber bei einem Inbegriffe. Daß bei der Erbtheilung der Gläubiger eines Miterben eintreten kann auf Grund einer richterlichen Ueberweisung, erkennt das O. Tr. ausdrücklich an. Entsch. des O. Tr. Bd. VII, S. 283. Was bei der Erbtheilung gilt, gilt auch bei der Theilung einer andern Gemeinschaft, beide Verhältnisse sind wesentlich ebendieselben. Die V. v. 11. April 1843 §. 2 (G. S. S. 323) scheint auf dieser Anschauung zu beruhen; Gegenstand ihrer Bestimmung ist freilich das umgekehrte Verhältniß eines Miteigenthümers gegen die Sondergläubiger des andern Miteigenthümers.

der Theilung läßt sich im Allgemeinen etwas Näheres nicht bestimmen; nur bezüglich auf die Gemeinheitstheilungen sind besondere Grundsätze vorgeschrieben[16]).

§. 671.

b) Grenzregulirung (actio finium regundorum).

A. L. R. I, 17, §§. 362—388. — A. G. O. I, 42, §§. 1—33.

Auf die Feststellung und Sicherung der Grenzen zwischen anstoßenden ländlichen Grundstücken beziehen sich zwei Einrichtungen: die Grenzerneuerung und die Wiederherstellung verdunkelter und ungewiß gewordener Grenzen. I. Die Grenzerneuerung setzt eine unstreitige und noch wahrnehmbare Grenzlinie voraus, auf welcher die Grenzmale und Raine erneuert werden sollen. Jeder Besitzer ist befugt, dazu seine Nachbarn aufzufordern. Das Geschäft muß durch den Realrichter vollzogen, und die Kosten müssen von allen Interessenten verhältnißmäßig getragen werden[1]). Liegen die zusammenstoßenden Grundstücke unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten, so ist der Richter über das dem Provokanten gehörige Grundstück der zuständige. Weil die Grenzerneuerung wesentlich nur eine Feststellung des Befundes ist, so bedarf es dabei nur der Zuziehung des titulirten Besitzers und, bei getheiltem Eigenthume, nur des Nutzungseigenthümers, und die Erhebung und Feststellung des Thatbestandes gilt auch gegen den Ausgebliebenen, welcher gehörig vorgeladen worden ist[2]). Die bei der Grenzerneuerung zweifelhaft werdenden Strecken scheiden aus und bleiben der Wiederherstellung der Grenze vorbehalten. II. Verdunkelte Grenzen können, wie jede Theilung, durch gütliche Einigung wieder hergestellt werden; in diesem Falle hat das Geschäft

---

16) I, 17, §§. 311—361, und Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. — Weichsel, Kommentar zur Königl. Preuß. Gemeinheitstheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. 1. Th., Magdeburg 1824. — Zusätze dazu, Magdeburg 1827. — Vorzüglich: Meyer, über die Gemeinheitstheilung. 3 Bde., Celle 1801—1805.

1) §§. 383—388 a. a. O. Auch außergerichtlich kann die Erneuerung alter, oder Bestimmung neuer Grenzen, wenn nur in schriftlicher Form und mit gehöriger Angabe des Grenzdukts, rechtsgültig vollzogen werden. Pr. des O. Tr. 1033, v. 7. August 1841.

2) §§. 387, 386 ebend. Die Insinuation muß nach Vorschrift der Pr. O. Tit. 7 geschehen.

die Natur eines außergerichtlichen Vergleichs, wenngleich eine Gerichtsperson dabei zugezogen worden ist (§. 669, II). Will sich ein Interessent darauf nicht einlassen oder ist man nicht einig, so tritt das richterliche Grenzregulirungs-Verfahren ein. An sich wäre dazu die Reivindikation ausreichend; wegen der thatsächlichen Schwierigkeit jedoch, eine bestimmte Grenzlinie bei verdunkelten Grenzen für die Beweisführung wahrnehmbar zu machen, ist zur leichtern Beseitigung der Ungewißheit für solche Fälle die Theilungsklage mit der Grenzscheidungsklage verbunden [3]). Die Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum) hat somit, nach den Umständen, zwei verschiedene Eigenschaften: hauptsächlich ist sie die Vindikationsklage, wenn aber der Gegenstand durch Verdunkelung sich der Beweisführung entzieht, nimmt sie die Natur der Theilungsklage an. Als solche ist sie eine actio personalis und ein judicium duplex [4]). 1. Als Parteien treten die titulirten Besitzer und die Nutzungseigenthümer der zusammenstoßenden Grundstücke auf; andere dinglich Berechtigte sind nicht legitimirt [5]). Obereigenthümer, Lehnsherren, Lehnsfolger und Wiederkaufsberechtigte müssen zu dem Verfahren monitorisch vorgeladen, und wenn sie sich melden, dabei zugelassen werden [6]). 2. Hauptgegenstand der Klage ist Ausmittelung und Wiederherstellung der richtigen Grenzen. Als Beweismittel dienen von Urkunden besonders die Flur-, Lager- und Grenzbücher, Steuer- und Zinsregister, alte Grenzrezesse und Grenzziehungsprotokolle [7]); dann die Aufsuchung alter Grenzzeichen [8]); endlich die gewöhnlichen Beweismittel, als Zeugenbeweis [9]), Eidesdelation rc. Ist ein Grenzgraben, Rain oder

---

3) Schon in den XII. T. war diese zusammengesetzte Klage als eine besondere für die Grenzscheidungen vorgeschrieben und das Bedürfniß hat die unveränderte Beibehaltung bis auf die heutige Zeit nothwendig gemacht.

4) L. 1 D. finium regundorum (X, 1).

5) §. 372 a. a. O. Anders nach L. 4, §. 9 D. eod. — S. o. §. 200, Note 20.

6) §§. 323—332 a. a. O. — Gemeinheitstheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821 §§. 6, 7. Das Obereigenthum kommt nicht mehr in Betracht. Verordn. v. 2. März 1850.

7) I, 17, §. 377. — L. 11 D. eod. — Engau, Tr. de liberorum, quos Grenz-, Lager-Bücher rc. dicere solemus, forma, continuatione, renovatione, fideque varia. Francof. et Lips. 1756.

8) §§. 367, 368, 378 a. a. O. — L. 8, §. 1 D. eod. — L. 3 C. eod. (III, 39). — Ueber die Merkmale ächter Grenzzeichen: Hock, Abhandlungen von Versteinungen, Beschreibungen, Verzeichnungen und Beziehungen der Grenzen rc. Mainz 1789. — Struben, rechtliche Bedenken, Bd. V, Nr. 81.

9) §. 378 d. T. — L. 10 D. de probationibus (XXII, 3).

Scheidling vorhanden und das gemeinschaftliche Eigenthum daran unstreitig: so gilt die Vermuthung, daß die Mitte davon die eigentliche Grenzlinie sei; ist das Eigenthum daran streitig, so wird vermuthet, daß Derjenige, auf dessen Seite sich der Aufwurf befindet, der Eigenthümer sei[10]). Findet sich keine Spur der alten Grenzlinie, so tritt nun der Grundsatz der Theilungsklage ein, daß der Richter durch Theilung des streitigen Stücks den Streit entscheidet, wobei denn insofern, als der Eine und der Andere dadurch ein Stück Boden, was ihm in Wahrheit nicht gehört, erhalten kann, noch jetzt im Pr. R. eine wahre Adjudikation vorkommt (§. 257, Bd. I, S. 482). Dabei hat jedoch der Richter nicht so, wie im R. R.[11]), ein freies Ermessen, sondern nach bestimmt vorgeschriebenen Regeln zu verfahren, und zwar: a) Hauptsächlich ist das streitige Stück nach Maßgabe des bisherigen ruhigen Besitzstandes zu theilen. b) Fehlt es an einem ungestörten Besitzstande, so wird von dem letzten unstreitigen Grenzzeichen bis zum nächsten eine gerade Linie gezogen. c) Weicht bei dem letzten Grenzzeichen der Grenzzug von der geraden Linie ab, und ist nur der wahre Punkt, bis wohin die Abweichung gegangen, unerweislich; so geschieht eine gleiche Theilung[12]). 3. Die Nebenpunkte sind zwar dieselben wie bei der Vindikationsklage[13]), müssen jedoch nach Pr. R. in einem besondern Prozesse verfolgt werden[14]). Insofern aber die Grenzklage die Natur einer Theilungsklage hat, kommen dabei, nach Pr. R., keine Nebenpunkte vor[15]). 4. Nach der zwiefach verschiedenen Natur der Grenzregulirungsklage bestimmt sich auch die Verjährung: in der Eigenschaft als Vindikationsklage, d. h. wenn ein wahrnehmbarer (falscher oder wahrer) Grenzzug vorhanden und das dadurch eingeschlossene Stück Boden ruhig besessen wird: so verjährt die Klage in dreißig Jahren; in der Eigenschaft als Theilungsklage hingegen, d. i. wenn gar keine Grenzlinie wahrzunehmen ist, verjährt

---

10) §. 366 a. a. O. — I, 8, §§. 188, 118. Zwischen s. g. Ober- und Unteräckern pflegt der Rain nicht gemeinschaftlich zu sein.

11) L. 2, §. 1, L. 3, 4, §. 5 D. eod. — §. 6 J. de officio jud. (IV, 17).

12) I, 17, §§. 379—382. — Leyser, Med., sp. 114, m. 1.

13) L. 3, 4 D. finium regundorum (X, 1).

14) Der Grenzprozeß hat es bloß mit Ausmittelung und Wiederherstellung der Grenze zu thun. A. G. O. I, 42.

15) Anders nach L. 2, §. 1 D. eod.; §. 6 J. de off. jud. (IV, 17).

sie gar nicht[16]). 5. Die Klage wird analogisch (utiliter) angewendet auf solche Gerechtigkeiten, welche geographisch begrenzt sind, namentlich auf Zehntrechte, Jagdgerechtigkeiten, Bannrechte, Gerichtsbarkeiten[17]).

§. 672.

III. Gemeinschaft einer schädlich gewordenen Gefahr.

Der Hauptfall ist die Seegefahr, wovon schon in einem andern Zusammenhange gesprochen worden ist (§. 440 flg. Bd. I, S. 795 ff.). Neuere[18]) haben die davon geltenden Grundsätze auch auf Landschäden, namentlich auf Kriegs-[19]) und Brandschäden[20]) analog anwenden wollen. Diese unrichtige Lehre hat auf die Pr. Gesetzgebung keinen Einfluß gehabt und dem Pr. R. ist eine solche analoge Anwendung fremd. Bei Wassersgefahren kann die Regel auf die Aufopferung eines Grundstücks zur Ableitung der Wasser, Behufs Abwendung einer allgemeinen Ueberschwemmung, wol angewendet werden[21]).

Zweite Ordnung.

Forderungen auf wechselseitige Leistung bestimmter Gegenstände.

§. 673.

Allgemeine Grundsätze.

Die Verträge der zweiten Klasse (§. 664) haben folgende gemeinsame Eigenthümlichkeiten: 1. Jeder Theil sucht ausschließlich seinen eigenen Vortheil; 2. die wechselseitigen Leistungen werden bei Eingehung des Vertrags bestimmt und 3. als Vergeltung

---

16) §§. 373, 374 a. a. O. — Eben so nach Justinian. R. L. 5, 6 C. eod. (III, 39); L. 1, §. 1 C. de ann. except. (VII, 40).

17) C. 3, 13 X. de praebendis (II, 19).

18) Leyser, Med., sp. 160, m. 3. — Lauterbach, de aequitate et extensione legis Rhodiae. Tüb. 1671.

19) Platner, de usu legis Rhodiae de jactu in bello terrestri. Lips. 1762. — Strub en, rechtl. Bed. Th. I, Bed. 45, u. Th. III, Bed. 21.

20) Lauterbach, Collg. th.-pract. X, 1, §§. 7, 8 u. A.

21) S. den in der Note 6 zu §. 216 angegebenen Rechtsfall.

Eine gegen die Andere ausgetauscht[1]). I. Daraus fließen folgende allen diesen Verträgen gemeinsame Grundsätze: 1. Jeder Theil muß in der Regel für ein mäßiges Versehen (nach der zweigliedrigen Eintheilung für omnis culpa) haften (§§. 468, 469); 2. er muß für seine Leistung dem Andern Gewähr leisten (§. 560), weil er sonst für das Empfangene nicht den schuldigen Ersatz giebt; 3. er muß in soweit als seine Leistung das Empfangene nicht aufwiegt und das Mißverhältniß nach Gelde schätzbar ist, auch seinen Grund in einem Irrthume oder in Bedrängniß des Andern hat, nachleisten, oder das Empfangene gegen Zurücknahme seiner Leistung zurückgeben[2]), weil die causa efficiens für jede der beiden Obligationen nur die Gegenleistung ist (Note 1). Neuere nennen dieses Mißverhältniß die laesio enormis. Dieser Folgesatz ist jedoch durch positive Gesetzgebung[3]) mannigfach modifizirt[4]); durchaus willkührlich behandelt, und kaum wieder zu erkennen, ist er im Pr. R. Man hat Folgendes bestimmt: a) Die Anfechtung eines Vertrages wegen des Mißverhältnisses zwischen den wechselseitigen Leistungen findet in der Regel nicht statt. b) Ausnahmsweise soll sie bei Käufen nur dem Käufer, wenn der Preis den doppelten Werth der Sache, und bei Tauschkontrakten jedem Theile, wenn der Werth der einen Sache den doppelten Werth der Andern übersteigt, auf Grund einer Vermuthung, daß der Käufer und beziehlich der Tauscher sich im Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande geirrt habe, innerhalb der für die Ansprüche wegen Gewährsmängel bestimmten Verjährungsfrist (§. 563, VI) zustehen[5]). Doch ist auch bei

---

1) Gajus, III, §. 137. „Item in his contractibus (qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur."

2) Anwendung: L. 2 C. de rescindenda venditione (IV, 44).

3) Ueber das R. R und die verschiedenen Meinungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller s. Recht der Ford. §. 318, Bd. III, S. 589 ff.

4) Am verständigsten aufgefaßt und naturgemäßesten anerkannt ist der Satz von der Oesterreichischen Gesetzgebung, im Civilgesetzb. §§. 934, 935, wie denn dieses Gesetzbuch in sachgemäßer und tiefgehender Behandlung der Rechtsinstitute sich vor Allen auszeichnet.

5) Die Satzung ist also etwas ganz Anderes, als die Folge aus der Wesenheit der wechselseitigen Verträge. A. L. R. I, 11, §§. 59, 60, 68, 69, 365, 876, 926 ff. — Der Aufsatz: de laesione enormi, von der Verletzung über die Hälfte beim Kaufvertrage, nach R. R. und dem Pr. R., in den Jahrbüchern Bd. XLI, S. 339 ff. berührt die Wesenheit nicht.

diesen beiden Verträgen der Anspruch und der Einwand wegen enormer Verletzung unstatthaft: aa) wenn der Verkauf im Wege der Subhastation geschehen ist[6]; bb) bei Erbschaftskäufen[7]; cc) wenn dem Einwande ausdrücklich entsagt; dd) wenn bei Bestimmung des Kaufgeldes auf den außerordentlichen Werth der Sache gesehen worden ist; ee) wenn der Käufer die Sache nicht mehr zurückgeben kann[8]; ff) wenn der Werth, wie er zur Zeit des Abschlusses gewesen, nicht mehr durch Schätzung Sachverständiger festgestellt werden kann[9]; gg) wenn der Preis durch einen Dritten vertragsmäßig bestimmt worden ist[10]. II. Nach einigen andern Eigenthümlichkeiten sind unter den Verträgen dieser Klasse wieder zwei Gruppen zu unterscheiden: diejenigen, welche auf beiden Seiten durch eine einmalige Leistung erfüllt werden können, und diejenigen, welche auf der einen oder der andern Seite eine Fortsetzung der Leistung durch eine bestimmte Zeit zur Erfüllung fordern. 1. Die Verträge der ersten Art haben das Eigene: a) daß die beiderseitigen Forderungen, nach den Grundsätzen des R. R., an sich unbedingt sind und auf jeder Seite mit der direkten Klage, unabhängig von der Gegenleistung, geltend gemacht, daß sie aber, wenn der Kläger mit der eigenen schuldigen Leistung im Rückstande ist, mit der exceptio doli zur Zeit zurückgewiesen werden können[11], welches den praktischen Erfolg hatte, daß, wer die Erfüllung erzwingen wollte, mit der Leistung anfangen oder dieselbe bei Nachsuchung (Anbringung) der Klage anbieten mußte[12]. Damit war zugleich gegeben, daß,

---

6) I, 11, §. 343. Das muß auch von öffentlichen Auktionen gelten.

7) §. 486 a. a. O. Eine universitas juris ist nicht genau schätzbar.

8) §§. 65—67 a. a. O. Die Auflösung ist im letztern Falle faktisch unmöglich, und bei dem außerordentlichen Werthe fehlt ein allgemeiner Werthmesser.

9) §§. 61, 366 das. Ebenfalls ein faktisches Hinderniß.

10) §. 48 a. a. O. Der Dolus des Dritten würde dessen Preisbestimmung in jedem Falle ungültig machen; das Angriffsmittel würde aber dann ein anderes sein.

11) L. 21 C. de pactis (II, 3). Auf der Seite des Käufers, welcher auf Bezahlung des Preises belangt wurde, ohne daß ihm die Sache übergeben worden war, hieß dieselbe exceptio doli exc. mercis non traditae. L. 25 D. de act. emti (XIX, 1); L. 4, §. 5 D. de doli mali exc. (XLIV, 4).

12) L. 13, §. 8; L. 11, §. 2; L. 25 D. de act. emti (XIX, 1). Eben so ausgedrückt in I, 11, §. 92.

was auch noch im heutigen Pr. R. praktische Geltung hat[13]), die Exception nicht weiter gehen kann als das Interesse des Exzipienten, d. h., daß, wenn Er weniger von dem Kläger als der Kläger von ihm zu empfangen hat, mit der Exception nicht die Klage ganz, sondern nur zum Theil (in tantum) abgewehrt werden kann. Diese Exceptionen sind die von den Neueren sogenannte exceptio non adimpleti contractus. Es erhellet daraus, daß das fragliche Vorbringen des Beklagten eine wahre Exception (§. 193, Bd. I, S. 371) ist und nicht eine verneinende Klagebeantwortung enthält, mithin die Behauptung der dieselbe ausschließenden Thatumstände nicht zur Begründung der Klage gehört[14]). Das Pr. Recht aber erklärt diese Umstände und deren Behauptung für ein Erforderniß zur Begründung der Klage[15]) und verwandelt somit die unbedingten Forderungen aus den gedachten Verträgen auf beiden Seiten in bedingte[16]). Bedingt ist jedoch die Forderung eines jeden Kontrahenten nur so lange, als von seiner Seite die Erfüllung noch geschehen soll, im Falle der Andere vorzuleisten nicht schuldig ist. Ist aber der Vertrag seinem Hauptinhalte nach erfüllt, und es werden nur wechselseitige und fällige, von einander unabhängige Nebenleistungen oder fortlaufende Verbindlichkeiten gefordert, oder Ansprüche wegen Gewährsmängel geltend gemacht; so kann damit die Klage nicht abgewiesen werden, vielmehr ist der Andere bei gleichartigen Leistungen nur zur Kompensation, bei ungleichartigen zur Erfüllung derselben Zug um Zug, folglich nicht zu einer gänzlichen Verweigerung zur Zeit, sondern nur zur Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen, bestimmten Theils der eingeklagten Leistung berechtigt[17]). Ist zwar noch nicht erfüllt, es liegt aber an dem

---

13) Anerkannt und angewendet von dem Obertrib., Entsch. Bd. VI, S. 57; Pr. 857, v. 14. März 1840 u. Pr. 978, v. 6. Februar 1841. Darnach muß, wenn der Vertrag von Seiten des Klägers der Hauptsache nach erfüllt ist, der Beklagte einen bestimmten Betrag seines aus der mangelhaften Erfüllung ihm entstandenen Nachtheils angeben und nachweisen.

14) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sind darüber nicht einig.

15) I, 5 §. 271. Dadurch ist die in der vor. Note gedachte Kontroverse entschieden. Recht der Ford. §. 118. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 259 ff.

16) Darin liegt eine sehr erhebliche und folgenreiche Abweichung des Pr. R. von dem R. R., welche noch viel zu wenig in dem Bewußtsein der Praxis ist.

17) Pr. des Obertrib. 857, v. 14. März 1840. In dem letztern Falle, wo der Hauptsache nach erfüllt worden, darf mithin der Kläger nicht zur Zeit abgewiesen, vielmehr muß der Streit im Urtel entschieden und bestimmt werden, was der Kläger noch zu erfüllen und der Beklagte noch zu leisten hat. Pr.

Andern, weil er die Annahme verweigert, so gilt die Bedingung für erfüllt und die Klage wird durch das Erbieten zur Erfüllung begründet[18]), vorausgesetzt, daß der Beklagte ohne rechtlichen Grund die Annahme verweigert. In dieser Beziehung gilt der Grundsatz, daß wahrgenommene Gewährsmängel oder andere Nebenleistungen des Klägers, welche, nach geschehener Uebergabe, nur die Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theils der Gegenleistung — nicht die Zurückweisung der ganzen Klage — begründen würden, zur Zurückweisung der Leistung und damit zur Verhinderung der Klage auf Gegenleistung berechtigen[19]). Gegen die Klage auf Errichtung eines förmlichen Instruments über den Vertrag findet diese Einrede gar nicht statt[20]). b) Eine andere Eigenheit dieser Verträge ist nach R. R. die Regel, daß bei ihnen die objektive Unmöglichkeit für Erfüllung gilt[21]), was bei der

---

1174, vom 5. August 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 229). Wenn also der Beklagte die Erfüllung in der Hauptsache angenommen hat und dem Anspruche auf Gegenleistung die Behauptung entgegensetzt, daß der übergebenen Sache die vorbedungene Eigenschaft gefehlt habe; so kann er darauf nicht den Antrag auf Abweisung der Klage, sondern nur den aus dem Mangel vorbedungener Eigenschaft abgeleiteten Entschädigungsanspruch gründen. Pr. 978, vom 6. Februar 1841. — Ob eine stattgefundene Erfüllung dem Hauptinhalte entspreche oder nicht, ist Thatsachenfrage, wobei der Umstand entscheidet: ob der Empfänger in die Lage gesetzt ist, über die Sache rechtlich und faktisch, nach dem Inhalte des Vertrages, zu verfügen. Hindernisse also, welche der Umschreibung des Besitztitels entgegenstehen, machen die körperliche Uebergabe bei dem Verkaufe eines Grundstücks ungenügend zur Erfüllung nach dem Hauptinhalte des Kontrakts. I, 11, §. 124—126. Daher gehört z. B. beim Verkauf eines Lehnguts die Hinwegräumung der, der Umschreibung des Besitztitels für den Käufer entgegenstehenden, Rechte vorhandener Lehnsinteressenten nicht zur Evictionsleistung des Verkäufers, sondern zur Vollständigkeit der ihm obliegenden Uebergabe, daher derselbe auch nach geleisteter Naturaltradition, vor Beseitigung der Rechte jener Interessenten, weder die Zahlung noch die Deposition des rückständigen pretii fordern kann. Pr. 659, v. 3. Mai 1839. Und bei Verkäufen über Grundstücke überhaupt kann der Käufer die Bezahlung des Kaufgeldes verweigern, wenn der Verkäufer unterlassen, die Berichtigung des Besitztitels auf seinen Namen zu bewirken. Pr. 2002, v. 18. April 1848.

18) I, 5, §. 271, verb. mit I, 4, §. 105.

19) Pr. 1442, vom 11. Mai 1844, welches den Satz in Beziehung auf wahrgenommene fehlerhafte Eigenschaften vor der Uebergabe ausspricht; und Pr. 1051, vom 23. Oktober 1841 verb. mit dem nachträglichen Pr. 1592, vom 5. August 1845 thut dasselbe in einem Falle, wo ein verkauftes Gut dem Käufer frei von Hypotheken übergeben werden sollte. Nur muß nicht die Bezahlung des Kaufgeldes in einem früheren Termine ausbedungen worden sein, weil dadurch der Einwand überhaupt ausgeschlossen wird. Pr. 1771, vom 15. August 1846. S. u. §. 675.

20) Pr. 2069, vom 3. Oktober 1848. Die Beglaubigung des Kontraktsschlusses ist nicht bedingt durch eine Leistung.

21) L. 34, §. 6 D. de contrahenda emt. (XVIII, 1); L. 7 pr., L. 8

andern Art der Verträge mit einer sich fortsetzenden Leistung nicht der Fall ist[22]). Dieser organische Zusammenhang zwischen der rechtlichen Natur der Verträge und den Folgen des Zufalls ist durch erdachte Satzungen im Pr. R. zerrissen (§. 466). — Zu dieser Gruppe von Verträgen gehören: die verschiedenen Arten des Kaufs; der Tausch; die Leibrentenverträge, wobei die Begründung des Rentenrechts (Auszugs) als einmalige Leistung anzusehen ist, durch welche der Vertrag von dieser Seite vollständig erfüllt wird[23]); der Verlagsvertrag, wenn nicht eine Bestellung des Verlegers zum Grunde liegt, da in diesem Falle der Vertrag zu der andern Gruppe gehört; die Assekuranzverträge, bei welchen die Uebernahme der Gefahr als die einmalige Leistung auf der Seite des Versicherers erscheint. 2. Den Verträgen der andern Gruppe ist das Eigene gemeinsam: a) daß sie auf der Seite dessen, dem die fortgesetzte Leistung durch eine bestimmte Zeit zukommen soll, eine unbedingte Forderung darauf begründen, während die Forderung auf der andern Seite eben durch die vollständige Vorleistung bedingt ist; b) daß kein Theil von der s. g. exceptio non impleti contractus Gebrauch machen kann, der Eine nicht, weil er zur Vorleistung schuldig ist, der Andere nicht, weil er nur bedingt schuldig ist, und den Klagegrund ganz oder zum Theil zu läugnen hat, wenn ihm gar nicht oder nicht gehörig vorgeleistet worden ist. Hierher gehören: die verschiedenen Miethsund Pachtverträge; miethsähnliche Innominatkontrakte; das Rezeptum der Wirthe und Schiffer; der Trödelkontrakt; der Lieferungsvertrag; die Ausbietung von Prämien, und alle der Miethe sonst nachgebildete Verträge.

Erste Klasse.

Verträge, welche auf beiden Seiten mit einer einmaligen Leistung erfüllt werden.

I. Der Kaufkontrakt.

A. L. R. I, 11, §. 1–362. — G. Edler v. Scheidlein, Abhandlung über den Kaufvertrag nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in Ver-

---

pr. D. de periculo (XVIII, 6); L. 15 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 6 C. de peric. (IV, 48); §. 3 J. de emt. (III, 23). — L. 5, §. 1 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

22) L. 27 pr. i. f. D. locati conducti (XIX, 2).

23) Schles. Archiv Bd. I, S. 212 flg.

gleichung mit dem römischen Civilrechte, dem preußischen Landrechte und dem französischen Civilcoder. 2 Theile. Wien, 1819. — G. C. Treitschke, der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach Römischem Rechte und den wichtigsten neuern Gesetzgebungen dargestellt. Leipzig, 1838. Dazu: Kritz Recension, in Richter und Schneider kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 1839, S. 882 flg.

§. 674.

1. Begriff und Erfordernisse.

A. Kauf und beziehlich Verkauf (emtio, venditio) heißt der Vertrag, wodurch der Eine (Verkäufer, venditor) dem Andern (Käufer, emtor) ein Recht zu übereignen, und Dieser Jenem dafür eine Summe Geldes (pretium) zu zahlen verspricht [1]). B. Zur Abschließung dieses Konsensualkontrakts ist die Uebereinstimmung kauffähiger Personen über Gegenstand und Preis erforderlich [2]). I. Bezüglich auf die Uebereinstimmung findet sich die Ausnahme, daß Jemand entweder aus einem besondern Rechtstitel (§. 612), oder aus Gründen des Gemeinwohls (§. 216, Bd. I, S. 406 zum Verkaufe seiner Sache gezwungen werden kann, welches die Bedeutung hat, daß, wenn er sich weigert, ihm die Sache durch die Staatsgewalt ohne richterliche Mitwirkung gegen Zahlung des endgültig durch den Richter zu bestimmenden Preises genommen und dem Andern überliefert wird (Expropriation), auf welche Handlung dann die Grundsätze des Kaufs angewendet werden. II. Die Person der Parteien muß hier ebenso wie bei jedem andern Vertrage (§. 557) gewiß und genügend bestimmt [3]); und dem Käufer muß der bestimmte Kauf nicht durch positive Bestimmung untersagt sein [4]). In einigen Fällen dieser Art ist das Geschäft null und nichtig, in andern ist die Erwerbung zwar gültig, aber der Erwerber wird, weil er besitzunfähig ist, zur Wiederveräußerung gezwungen. 1. Zu den Fällen der ersten Art gehören fol-

1) I, 11, §§. 1, 381, 445. — §. 2 J. de emt. (III, 23 [24]); Gajus III, §. 139; L. 1 pr. §. I D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

2) §. 12 a. a. O. — L. 1 §. ult., L. 8 pr. D. eod. — Pr. J. eod.

3) Die von Suarez ausgedachten Bestimmungen in den §§. 13 — 16 a. a. O., wonach die Bezeichnung des Käufers von einer Person oder einer Begebenheit soll abhangen können, haben gar keine Bedeutung; denn wenn diese Bestimmung eintritt und die dadurch bezeichnete Person nicht will, so ist ein Kauf doch nicht vorhanden; will sie aber, so ist sie eben erst die Partei, die den Kontrakt schließt.

4) Darauf bezieht sich der zweite Satz des §. 19 d. T.; der erste Satz bezieht sich auf res extra commercium. S. u. Note 23.

gende Bestimmungen: a) Dorfgemeinden, oder einzelne Mitglieder derselben in Gemeinschaft, können ohne Genehmigung der Provinzialregierung kein Rittergut kaufen [5]); und andere unbewegliche Güter können Dorfgemeinden, so lange die Gemeindeordnung bei ihnen noch nicht eingeführt ist, nicht ohne Genehmigung ihres gewesenen Gerichtsherrn [6]) durch einen lästigen Vertrag erwerben [7]). b) Verwalter fremder Güter können von den ihnen anvertrauten Gütern, während der Verwaltung, nichts kaufen [8]); insbesondere ist verboten: aa) den Mitgliedern der Provinzial-Domainen-Verwaltungen die Erwerbung von Domainen-Grundstücken in ihrem Geschäftsbezirke, ohne vorgängige Dispensation des obern Chefs der Domainen-Verwaltung [9]); bb) den Kgl. Forstbedienten, ohne Unterschied des Ranges, der Erwerb von Grundstücken, welche in ihrem Amtsrevier ein Holzungs-, Hütungs- oder sonstiges Recht haben, oder damit grenzen, ohne Genehmigung des zuständigen Ministeriums [10]); cc) den Subhastations- und Auktionskommissarien, deren Protokollführern und Ausrufern die Erstehung von den von ihnen versteigerten Sachen ohne ausdrückliche Genehmigung sämmtlicher Interessenten, sei es in Person oder durch oder für einen Andern [11]); dd) Vormündern die Erstehung der Güter ihrer Mündel aus öffentlichen Versteigerungen ohne obervormundschaftliche Genehmigung [12]). 2. Ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrags, aber den Besitz hindernd, sind folgende Bestimmungen: a) Unteroffiziere und Gemeine sollen ohne Genehmigung des Regiments- und beziehlich Bataillons-Kommandeurs keine Grundstücke übernehmen und

---

5) K. O. v. 25. Januar 1831 (G. S. S. 5).

6) Eigentlich müßte wol jetzt, nachdem die obrigkeitlichen Rechte entzogen sind, die Regierung die Genehmigung ertheilen; doch beruft man sich für die Fortdauer des Alten bis zur Einführung einer neuen Ordnung auf Art. 110 des St. Gr. G., der von Behörden, nicht von Obrigkeiten aus eigenem Rechte spricht, die eben durch Art. 42 aufgehoben sind.

7) A. L. R. II, 7, §. 33. Gilt auch von freien Gemeinden.

8) I, 11, §. 20. — L. 46 D. eod. — L. 18 C. de rescind vend. (IV, 44).

9) K. O. v. 29. Februar 1812 (G. S. S. 16).

10) K. O. v. 5. Sptbr. 1821 (G. S. S. 158).

11) I, 11, §§. 21—25, 348, No. 6, und 349, No. 2.

12) II, 18, §. 254. — R. v. 6. Septbr. 1802 (Rabe, Bd. VII, S. 237). — Vergl. L. 5 C. de contrah. emt. (IV, 38); L. 5, §. 2—5 D. de auct. tut. (XXVI, 8). Dieser Fall versteht sich schon deshalb, weil der Vormund Stellvertreter des Verkäufers ist und nicht mit sich selbst kontrahiren kann.

die Gerichte sollen den Besitztitel nicht berichtigen noch jene Militairs bei den Lizitationen zum Mitbieten zulassen[13]). Wenn gleichwohl kontrahirt worden ist, so sind dadurch diese Personen, ebenso wie jeder andere Handlungsfähige, verbindlich gemacht, denn geschäftsunfähig sind die Unteroffiziere und Gemeinen als solche nicht; nur der Uebergang des Eigenthums wird verhindert und der Vertrag enthält stillschweigend die Verabredung, daß die Erfüllung bis zur Entlassung des Käufers aus dem Dienste ausgesetzt bleiben soll, wenn die Genehmigung zur Uebernahme nicht ertheilt wird. b) Ausländer müssen zur Erwerbung eines adligen Guts oder eines Domainen-Vorwerks eine Konzession des Ministers des Innern haben[14]). c) Personen, welche nicht als Apotheker approbirt sind (§. 400), sollen nicht Apotheken erwerben[15]). Die Beschränkungen der Mennoniten, Quäker oder s. g. Separatisten, und Juden sind aufgehoben[16]). III. Gegenstand kann nicht bloß Eigenthum, sondern auch jedes andere Vermögensrecht sein[17]); ist es Eigenthum, so nennt man den Kauf Sachkauf. 1. Der Gegenstand (res vendita) muß wirklich vorhanden sein. Ist Das nicht, so wird unterschieden: a) Wissen davon beide Theile nichts, so ist der Vertrag nichtig; b) ist der Käufer allein unwissend, so gilt der Vertrag, d. h. der Käufer fordert sein Interesse; c) ist nur der Verkäufer allein im Irrthume, so wird das Geschäft, hinsichtlich des versprochenen Preises, als Schenkung angesehen[18]); d) wissen Beide, daß die als seiend gedachte Sache nicht vorhanden, so ist das Geschäft null[19]). Fehlt nur ein vorausgesetzter Theil, gleichviel wie groß

---

13) II, 10, §§. 27, 28. V. v. 18. März 1811 §. 2 (G. S. S. 5).

14) K. O. v. 28. März 1809 (Rabe, Bd. X, S. 77). — R. v. 13. Juni 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 583).

15) Apotheker-Ordnung v. 11. Oktbr. 1801, Tit. 1, §. 1 vergl. mit §. 2 (Rabe, Bd. VI, S. 610). Das R. v. 2. Dezbr. 1822 (Jahrb. Bd. XX, S. 266) ist nicht maßgebend.

16) Staatsgrundgesetz v. 31. Januar 1850, Art. 12.

17) I, 11, §§. 28, 381, 445. — L. 34, §§. 1—4, L. 80, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 8, §. 2 D. de periculo (XVIII, 6); L. 11, §. 3, L. 12 D. de pignoribus (XX, 1).

18) §§. 39—41 a. a. O. Die §§. 52—55, I, 5 setzen eine bedingte Unmöglichkeit voraus und haben zu der hier vorliegenden Frage keine Beziehung, wie man hat finden wollen. — Vergl. L. 15 pr., L. 8 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

19) L. 57, §. 3 D. eod. — Präj. des III. S. v. 20. Febr. 1849 in Sachen Zillmann w. Burchardt 81⅝255 III, 48.

oder klein, so wird in derselben Art unterschieden. In dem Falle a ist der Vertrag unverbindlich; in dem Falle b kann der Käufer wählen: ob er von dem Vertrage abgehen oder die Sache, wie sie ist, nehmen und für das Fehlende Ersatz fordern will; in dem Falle c besteht der Vertrag und der Käufer muß das ganze Kaufgeld zahlen[20]); in dem Falle d ist das Geschäft unbedingt gültig. 2. Wird die nicht vorhandene Sache als künftig gedacht (§. 677), so ist sie ein geschickter Gegenstand des Kaufs. Ist die künftige Sache selbst Gegenstand des Kaufs (emtio rei speratae), so ist der Kauf ein bedingter; soll nichts darauf ankommen: ob sie entsteht oder nicht, so ist das Geschäft ein Hoffnungskauf (emtio spei)[21]). Ist die Absicht der Parteien unklar ausgedrückt, so wird ein Kauf der gehofften Sache (emtio rei speratae) angenommen[22]). 3. Die Sache muß in Beziehung auf die Parteien im Verkehr sein, sonst gelten dieselben Regeln wie wenn der Gegenstand als vorhanden gedacht, aber nicht wirklich vorhanden ist[23]). Wird die Sache, nach Abschluß des Kontrakts, vor der Uebergabe, ohne Zuthun des Verkäufers, dem Verkehre entzogen, so ist dadurch, wie durch zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung, der Vertrag aufgehoben[24]). 4. Der Gegenstand darf nicht schon dem Käufer gehören; kauft Jemand wissentlich sein eigenes Recht und bezahlt, so wird das Geschäft als Schenkung angesehen[25]). Ein gültiger Kauf aber ist es, wenn Jemand seine Sache wegen eines dem Verkäufer daran zustehenden Besitz- oder sonstigen dinglichen Rechts kauft[26]). 5. Der Gegenstand kann einem Dritten

---

20) I, 11, §§. 42–45. — Rechtsfall bei Stengel, Beiträge Bd. XVI, S. 168 ff. — Anders nach L. 57 pr., L. 58 D. eod.

21) §§. 528–531, 587 a. a. O. — L. 8 pr., §. 1 D. eod. — L. 11, §. 18 D. de act. emti (XIX, 1). — Westphal, Abh. von dem Handel über künftigen ungewissen Gewinn. Halle 1783.

22) §. 531 a. a. O. Der Vertrag fällt mithin als ein bedingter weg, wenn die Sache nicht entsteht.

23) §§. 28, 29 a. a. O. — S. o. §. 82, Bd. I, S. 207. Auf die hierbei in Betracht kommende Dispositionsfähigkeit des Verkäufers, besonders bei Lehen und Fideikommissen, bezieht sich der §. 19 a. a. O. — Die Erklärungen Anderer s. Recht der Forderungen, §. 320, Bd. III, S. 608 ff. — Vergl. über R. R.: L. 33, §§. 1, 2, L. 22, 23; L. 6 pr., L. 70, L. 4, 5, 62, §. 1 D. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 6 C. de pactis (II, 3); L. 39, §. 3 D. de evict. (XXI, 2); §. 5 J. de emt. (III, 23).

24) §. 29 a. a. O. — I, 5 §. 364. — Leyser, sp. 190, m. 4.

25) I, 11, §. 41. — L. 16 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 45 pr. D. de reg. jur. (L. 17). — L. 4, 10 C. de contrah. emt. (IV, 38).

26) Vergl. I, 20, §. 42. — L. 34, §. 4 D. eod. — L. 28 D. de acquir. poss. (XLI, 2).

gehören, ohne daß der Kontrakt ungültig ist, doch ist zu unterscheiden: a) Beide Theile kontrahiren wissentlich aa) in guter Absicht, was angenommen wird, wenn mit ausdrücklichen Worten über eine fremde Sache kontrahirt worden ist: dann ist der Vertrag immer gültig[27]; bb) in böser Absicht: dann ist der Vertrag nichtig[28]; handelte der Käufer bloß unvorsichtig, so daß er ein unrechtfertiger Besitzer geworden sein würde oder geworden ist, so hat er von dem Verkäufer das Kaufgeld wieder zu fordern[28a]) b) Beide Theile sind in Unwissenheit: dann gilt der Kontrakt und der Verkäufer hat Gewähr zu leisten[29]. c) Ebendasselbe gilt, wenn der Verkäufer allein die Eigenschaft der Sache kannte[30]. d) War nur der Käufer allein damit bekannt, so ist der Kontrakt nur für ihn verbindlich: er muß die Sache nehmen und das Kaufgeld zahlen, kann aber nicht auf Erfüllung klagen und auch nicht Gewährleistung fordern[31]. 6. Der Gegenstand muß durch gehörige Bezeichnung hinlänglich bestimmt sein; ist eine Spezies nicht nach unterscheidenden Kennzeichen bestimmt, so ist es ein Gattungskauf; und werden fungible Sachen gekauft, so ist Güte, Maß und Gewicht zu bestimmen, sonst wird Mittelgüte und das marktübliche Maß und Gewicht des Ablieferungsorts angenommen[32]. IV. Der Preis muß eine bestimmte und ernstlich gemeinte Geldsumme sein. 1. Soll die Gegenleistung in etwas Anderem als Gelde bestehen, so ist das Geschäft kein Kauf, sondern Tausch oder ein unbenannter Kontrakt[33]; wird später zur Bezahlung des in Gelde bestimmten Preises etwas Anderes gege-

---

27) I, 11, §. 139; I, 5, §§. 40 flg. Die bloße Wissenschaft, daß die Sache einem Dritten gehöre, ohne ausdrückliche Erwähnung, daß die Sache eine fremde sei, genügt nicht. Pr. 526, v. 1838. Vergl. L. 28 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

28) I, 11, §§. 159, 160; I, 5, §. 50. — L. 34, §. 3 D. eod.

28a) I, 11, §. 161. Diese Bestimmung ist nicht über das obligatorische Verhältniß auszudehnen, es kann nicht daraus entnommen werden, daß Unrechtfertigkeit des Besitzes auch den Anfang der Verjährung hindert.

29) I, 5, §. 326; L. 11, §. 7—9, L. 30, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1). — I, 11, §. 222; L. 18, §. 1 D. de peric. (XVIII, 6).

30) L. 34, §. 3 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

31) I, 11, §. 139. — L. 34, §. 3 D. eod.

32) §§. 30, 32 a. a. O. — I, 5, §§. 256, 275.

33) I, 11, §§. 1, 46, 363, 869. — L. 1, §. 1, L. 2, §. 1 D. eod. — §. 2 J. eod. — L. 1 pr. D. de rerum permut. (XIX, 4); L. 7 C. eod. (IV, 64).

ben (datio in solutum), so ändert Das nichts[34]). Wird eine aus Gelde und andern Gegenständen vermischte Gegenleistung versprochen, so wird das Geschäft nach Pr. R. als Tausch angesehen[35]). 2. Ist die Bestimmung des Preises nicht ernstlich gemeint, so ist der Kauf kein wahrer, und es kommt darauf an, was die Parteien eigentlich gewollt haben (Simulation, §. 114, Bd. I, S. 244). 3. Die Bestimmung des Preises ist in der Regel der Uebereinkunft der Parteien überlassen; bei erzwungenen Käufen tritt öfter die Werthschätzung durch Sachverständige ein (No. I), die Ausnahme aber, daß gemeine Landleute ihre noch nicht geerndteten Früchte nur nach Zahl, Maß und Gewicht verkaufen sollten, ist in der neuesten Zeit allgemein aufgehoben[36]). 4. Die Bestimmung kann auch durch Bezugnahme auf eine sonst schon feststehende Summe, auf einen gewissen Marktpreis, auf den Ausspruch eines oder mehrerer Dritten, welche bestimmt bezeichnet werden müssen, oder auf ein künftiges Ereigniß[37]) geschehen[38]), selbst stillschweigend z. E. dadurch, daß man öffentlich feilgebotene, einen bekannten Preis habende Sachen verlangt und erhält, ohne über den Preis zu sprechen[39]). 5. Der Kauf, bei welchem ein Dritter den Preis bestimmen soll, ist ein bedingter und fällt mithin weg, wenn der Dritte, oder von mehreren zusammen Ernannten auch nur Einer sich nicht aussprechen kann oder will[40]); der Besitztitel kann vor Erfüllung der Bedingung nicht berichtigt werden, wenn auch die Uebergabe im Voraus geschehen wäre.

---

34) L. 21, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1); L. 9 C. de rescind. vend. (IV, 44).

35) Eine Bestimmung darüber fehlt, die Verf. des A. L. R. haben aber diese Absicht gehabt. Gesetz-Revis. Motive z. I, 11, S. 21. Die Geringfügigkeit der neben der Geldsumme versprochenen Sache kann zur Absurdität führen. Nach L. 79 D. de contrah. emt., u. L. 6, §. 1 D. de act. emti kommt es auf die Absicht der Parteien an.

36) I, 11, §. 594; II, 7, §. 12. — V. v. 9. November 1843 (G. S. S. 347).

37) So bei der nothwendigen Subhastation. Schles. Archiv Bd. V, S. 147.

38) I, 11, §§. 47, 48, 52. — L. 7, §. 1, 2; L. 37 D. de contrah. emt.; L. 15 C. eod.

39) Simon und v. Strampff, Rechtssprüche Bd. III, S. 225.

40) §§. 50, 51 a. a. O. — L. ult. C. de contrah. emt. (IV, 38). — L. 25 pr. D. locati (XIX, 2). Vor Justinian waren die Meinungen verschieden. L. 7 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 22, §. 1 D. de reg. jur.; L. 75 D. pro socio (XVII, 2); L. 25 D. locati.

Gegen den erfolgten Ausspruch findet keine Berufung statt, ausgenommen wenn bei der Bestimmung eine betrügliche Kollusion der einen Partei mit dem Dritten, oder bei dem bestimmenden Ereignisse eine solche Kollusion der Mitwirkenden, wie z. B. bei der Subhastation eine gewinnsüchtige Verabredung der Bieter, sich nicht zu überbieten[41]), stattgefunden hat[42]). 6. Bei fungiblen Sachen hängt die Preisbestimmung mit der Bestimmung der Güte und Menge zusammen (Kauf ad mensuram); doch können dergleichen Sachen auch als nicht fungible verkauft werden (Kauf per aversionem[43]), ad corpus, Kauf in Pausch und Bogen). Der Erstere ist bedingt und wird erst durch die Zumessung perfekt[44]). Für einen Kauf in Pausch und Bogen gilt auch der Kauf eines Inbegriffs von Sachen, wenngleich die Zahl der Stücke, aber nur der Beschreibung wegen, beigefügt ist[45]). 7. Die Regel, daß die Bestimmung des Gegenstandes der Leistung nicht der Willkühr des Versprechenden überlassen sein kann, wenn der Vertrag als gültig angesehen werden soll, findet gewissermaßen eine Ausnahme bei dem Kaufe, indem derselbe in der Art gültig abgeschlossen werden mag, daß es in die Willkühr des Käufers gestellt wird, die ihm verkaufte und übergebene Sache wieder zurückzugeben, wenn sie für den bestimmten Preis nicht seinen Beifall hat. Dies ist der s. g. Kauf auf Probe (emtio ad gustum)[46]). Dabei gelten folgende Grundsätze: a) der Verkäufer ist durch den Abschluß des Kontrakts unwiderruflich gebunden und wird erst durch die ausdrückliche oder stillschweigende[47]) Erklärung des Käufers, daß ihm die Sache nicht anstehe, befreit. b) Der Käufer seinerseits macht sich erst durch die formlose Erklärung, daß er die Sache behalten wolle oder daß

---

41) M. s. den Rechtsfall im Schles. Arch. Bd. V, S. 147 ff. Das Obtr. hat seine Meinung durch den Pl. Beschl. v. 16. Aug. 1841 abgeändert. M. s. aber dagegen m. Beurtheilung der Entsch. S. 484 flg.

42) §§. 48, 49 a. a. O. — Gemeinrechtlich wird von Einigen die Zulässigkeit der Berufung (reductio ad arbitrium boni viri) behauptet.

43) L. 62, §. 2 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 4, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6).

44) L. 35, §§. 5—7 D. de contrah. emt.; L. 5, 10, §. 1 D. de periculo.

45) §§. 121—123, 213, 214 a. a. O. Was als Zubehör dabei anzusehen, bestimmen §§. 83—91 das.

46) §. 335 a. a. O. — L. 34, §. 5 D. contrah. emt.

47) Dafür gilt das Stillschweigen über die Zeit bei nicht erfolgter Uebergabe. I, 5, §. 103 und I, 11, §. 337.

er damit zufrieden sei, aus dem abgeschlossenen Kontrakte verbindlich. c) Als stillschweigende Zufriedenheitserklärung wird es genommen: aa) wenn er nach Uebergabe des ganzen Gegenstandes das Kaufgeld ohne Vorbehalt bezahlt; bb) wenn er den Tag, bis wohin er sich erklären sollte, stillschweigend und ohne Zurückgabe der Sache vergehen läßt[48]). Ist keine Erklärungsfrist bestimmt, so kann der Verkäufer nicht die Sache, im Falle einer ihm auf seine Anfrage vorenthaltenen Erklärung, zurückfordern, sondern nur durch den Richter eine Zeit bestimmen lassen[49]), weil er wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite nicht sogleich zurücktreten darf, sondern auf Erfüllung klagen muß (§. 568, IV).

§. 675.

2. Verbindlichkeiten.

Die zur Erfüllung des Vertrags auf beiden Seiten zustehenden direkten Klagen werden im R. R. nach der Person des Klägers (actio emti, venditi) bezeichnet und dienen auch zur Aufhebung des Verhältnisses aus einem bei der Eingehung gegebenen Grunde[1]). I. Der Verkäufer hat das verkaufte Recht auf den Käufer, gegen Empfang des Kaufgeldes, so zu übertragen, daß derselbe über den Gegenstand des Kaufs wie ein Eigenthümer zu verfügen im Stande ist[2]). 1. Bei dem Sachkaufe muß der Gegenstand körperlich übergeben werden und von Immobilien muß der Verkäufer auch seinen eigenen Besitztitel berichtigen lassen sowie dem Käufer alle die Sache und deren Gerechtsame betreffende Urkunden überliefern[3]). Kommen bis zur Uebergabe Gewährsmängel zum Vorschein, wodurch der freie vertragsmäßige Gebrauch der Sache verhindert oder erschwert wird, wie z. B. Beschränkungen der Disposition oder Belastung mit bedeutenden,

48) §§. 334, 336 das. — L. 4, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6).

49) §. 335 a. a. O. — L. 4, §. 1 u. 2 D. eod. Wird auch nach G. R. angenommen. Glück, Kommentar, Bd. XVII, S. 163.

1) L. 11 pr., §. 6, L. 29 D. de act. emt. (XIX, 1). — L. 6, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 4 pr. D. de lege commiss. (XVIII, 3).

2) I, 11, §. 135. — Entspricht den modernen Rechtsansichten, welche von dem R. R. darin abweichen, daß danach der Verkäufer nicht schuldig war, das Eigenthum zu verschaffen, was einen historischen Grund hatte. L. 25 pr. §. 1 D. de contrah. emt.; L. 11, §. 2, 13 D. de act. emti; L. 1 pr. D. de permut. (XIX, 4). — Vergl. L. 16 D. de cond. c. data (XII, 4); L. 75, §. 10 D. de verb. obl. (XLV, 1).

3) §§. 124—127 a. a. O. — L. 11, §. 2 u. 13; L. 30, §. 1, L. 2, §. 1 D. de act. emti. — Pr. des Ober-Trib. 2002, v. 18. April 1848.

nicht angezeigten Hypotheken, so ist der Käufer berechtigt, die Uebernahme der Sache zu verweigern, bis der Mangel gehoben ist[3a]). Bestehen die Gewährsmängel nur in, den Gebrauch nicht erschwerenden, Ansprüchen Dritter, so muß der Käufer wegen der zu befürchtenden Ansprüche noch vor der Uebernahme sichergestellt werden; hat er noch nicht den Preis bezahlt, so darf er davon soviel nöthig zu seiner Sicherheit zurückbehalten, muß aber, da er mehr als Sicherheit nicht zu fordern und der Andere einen gleichberechtigten Anspruch hat, auf Verlangen des Andern deponiren[4]). Ergeben sich die Mängel erst nach der Uebergabe und nach Bezahlung des Kaufgeldes, so muß der Verkäufer dafür besondere Sicherheit bestellen (§. 563). Als zum Vorschein gekommene Gewährsmängel oder Ansprüche Dritter, welche solchergestalt Sicherheit zu fordern berechtigen, werden nur solche angesehen, wegen welcher entweder die Klage schon angestellt ist, oder welche doch soweit, als zur Anstellung der Klage hinreichend wäre, bescheinigt sind[4a]). 2. Mit der Hauptsache müssen alle zur Zeit des geschlossenen Kaufs vorhandenen und auch die gesetzlichen Zubehörungen (§. 95, Bd. I, S. 219) überliefert werden[5]). Ist der Kauf nach einem Verzeichnisse über das Zubehör geschlossen, so sind die verzeichneten Gegenstände zu überliefern, wenn auch mehr oder weniger als das gesetzliche Zubehör darunter begriffen ist[6]). Ist „in Pausch und Bogen", oder „wie die Sache steht und liegt" verkauft, so werden als Zubehör betrachtet: a) bei einem Landgute Alles, was von den bei Ab-

---

3a) §§. 124, 192 u. 215 a. a. O. — Angen. von dem III. S. des Ober-Trib. in Sachen v. Below w. Müller, $^{747}/_{2983}$ III, 48, am 16. Jan. 1849. S. o. §. 673, Note 19.

4) §§. 215, 222, 223 a. a. O. S. o. §. 563. — S. das Präj. in den Jahrb. Bd. XXXI, S. 12. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. X, S. 367 flg. Auch angen. vom III. S. am 2. März 1849 in Sachen Menzel w. Heinrich, $^{685}/_{2738}$, III, 48. Zu den im §. 222 bezeichneten Gewährsmängeln gehören nicht bloß diejenigen, welche sich an bereits übergebenen Gegenständen, sondern auch diejenigen, die sich in dem Nichtübergeben versprochener Gegenstände äußern. Präj. 1174 b, vom 5. Aug. 1842. Das spätere Pr. 2236, vom 18. Sept. 1850: daß der §. 222 nur die Befugniß des Käufers zur Deposition ausspreche, und es also in die Willkühr des Käufers stelle, ob er einfach zurückbehalten, oder zugleich deponiren will, — ist nur in dem Falle, wenn der Käufer ein sicherer Mann ist, rechtfertig.

4a) Pr. 1507, v. 16. Nov. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 366).

5) §§. 78—81 a. a. O. — L. 67 D. de contrah. emt. — Auch bei nothwendigen Subhastationen alle Zubehörungen, welche am Tage der Lizitation (nicht erst des Zuschlags) vorhanden waren. Schles. Archiv, Bd. V, S. 329 ff.

6) §. 82 a. a. O. — Ist einem ausdrücklich in Pausch und Bogen geschlossenen Kaufkontrakte dennoch ein Verzeichniß von Beilaßstücken beigefügt, so hat dies den Sinn, daß der Verkäufer für diese Stücke jedenfalls Gewähr leisten solle, daß aber außerdem noch vorhandene Stücke doch auch zurückgelassen werden müssen.

schluß des Kontrakts vorhandenen Stücken zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft dient oder dazu gebraucht worden ist, auch die Vorräthe; b) bei einem Hause, außer dem vorhandenen gesetzlich dafür erklärten Zubehör, auch alle bei Abschluß des Kaufs im Hause befindlichen Möbel, insofern sie zur bequemen Wohnung dienen; c) bei einer Werkstätte und Fabrike die vorhandenen Vorräthe und in Arbeit befindlichen Stoffe, nicht die fertigen Waaren; d) bei einem Kramladen die Utensilien, nicht die Waarenvorräthe; e) bei einer Bibliothek, Münz-, Kunst- und Naturalien-Sammlung auch die zur Verzierung vorhandenen Sachen [7]. 3. Nebenverpflichtungen sind: a) Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung, nach Maßgabe der dem Verkäufer zur Last fallenden Verschuldung (§. 468, 469.) Den Zufall trägt nach der landrechtlichen Regel (§. 466) der Verkäufer. Eine Ausnahme macht der Kauf „in Pausch und Bogen" darin, daß der Käufer, weil er das Kommodum (§. 467) hat, vom Abschlusse des Kontrakts an die zufälligen Verschlechterungen und theilweisen Verluste, nicht aber den gänzlichen Untergang der Sache trägt [8]. b) Früchte und Zuwüchse, soweit sie dem Käufer gebühren. Dieses ist der Fall aa) bei Käufen in Pausch und Bogen vom Abschlusse des Kontrakts an (Note 8); bb) wenn der Käufer das Kaufgeld bezahlt hat und der Verkäufer mit der Uebergabe aus Vorsatz oder grobem Versehen zögert: hier soll der Käufer die Wahl zwischen den Zinsen von dem Kaufgelde nach den ihm erlaubten höchsten Sätzen, oder den

---

7) §§. 83—91, 213 ebend. Bei einem Verkauf in Pausch und Bogen ist, der Fall der nothwendigen Subhastation ausgenommen, der Verkäufer für die Existenz sämmtlicher, als Gegenstand des Verkaufs ausdrücklich angegebener Rubriken auch in dem Falle Gewähr zu leisten verbunden, wenn kein besonderer Anschlag gegeben, oder die im Kontrakte angegebenen Rubriken in dem bloß zur Information des Käufers gegebenen Anschlage nicht mit veranschlagt worden sind. Dagegen kann bei einer nothwendigen Subhastation der Käufer für die Existenz solcher Rubriken nur dann Gewähr fordern, wenn dieselben bei Aufnahme der Taxe mit veranschlagt worden sind; Pr. 583, v. 16 Nov. 1838.

8) §§. 95, 117, 120 a. a. O. — Nach R. R. macht der Kauf **per aversionem** keine Ausnahme von der Regel, daß der Käufer überhaupt die Gefahr trägt. **L. 35, §§. 5—7 de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 5, 10, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6); L. 2 C. eod. (IV, 48).** Die landrechtlichen Bestimmungen lenken in diesen Weg hier ein, doch nur halbwegs, indem die Gefahr des Untergangs doch dem Verkäufer zur Last bleibt. Die Satzungen sind rein positiv und folgen nicht aus der Natur des Rechtsverhältnisses. — Das Eigenthum geht dennoch erst mit der Tradition auf den Käufer über. Pr. 533, vom 28. Sept. 1838.

gezogenen Nutzungen nach einer zu legenden Rechnung haben. Außerdem gebühren die Nutzungen dem Verkäufer bis zur Uebergabe; Pachtgelder und Miethzinsen werden, nach diesem Grundsatze, als Surrogate der natürlichen Früchte im Verhältnisse der Besitzzeit getheilt; Geldzinsen aber, Kornrenten, Zehnten, Dienstgelder, Laudemien und dergleichen Hebungen gehören dem Einen oder dem Andern ganz, je nachdem sie vor oder nach der zur Uebergabe bestimmten Zeit fällig sind, gleichwie die natürlichen An- und Zuwüchse, welche bis zu dieser Zeit nach dem gewöhnlichen Nutzungsrechte und nach einer vernünftigen Wirthschaftsart[9]) noch nicht haben abgesondert werden mögen, dem Käufer gehören[10]). cc) Ist das Kaufgeld vor der Uebergabe auf Verlangen des Verkäufers, oder aus eigenem Antriebe des Käufers, doch mit Vorbehalt, gezahlt, ohne daß der Käufer dazu verpflichtet gewesen wäre: so muß der Verkäufer davon gesetzliche Zinsen zahlen (§. 460). c) Die ordentlichen Lasten und Abgaben müssen nach demselben Verhältnisse der Zeit, und die außerordentlichen Lasten, z. E. Kriegskontributionen, Feuerkassengelder rc., insoweit sie vor der bestimmten Zeit der Uebergabe ausgeschrieben sind, von dem Verkäufer getragen werden[11]). II. Der Käufer ist schuldig: 1. das Kaufgeld bei der Uebergabe, folglich an dem Orte, wo ihm die Sache übergeben werden muß, zu zahlen[12]); der Uebergang des Eigenthums ist davon nicht abhängig, wenn die Uebergabe ohne Vorbehalt geleistet ist[13]). Uebernimmt der Käufer

---

9) Es kommt oft auf einen einzigen Tag bessere oder schlechtere Witterung an: ob nach wirthschaftlicher Art eine Frucht abzusondern ist, wenn die Uebergabe in die kritische Zeit fällt, z. E. in die Zeit des Anfangs der Rapserndte.

10) §§. 105—108 das. — Vergl. L. 7, §. 13 D. communi divid. (X, 3). — Die Röm. Rechtsregel ist, daß Alles, was durch die Sache oder in Beziehung auf dieselbe nach Abschluß des Kontrakts erworben wird, dem Käufer überliefert werden muß. L. 35, §. 4 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); §. 1 J. de emt. (III, 23); L. 14 pr. D. de furtis (XLVII, 2); L. 13, §. 10 D. de act. emti (XIX, 1); L. 13, 16 C. eod. — Fragm. Vat. §§. 2, 15; Paul. Sent. rec. II, 17, §. 7. — Pacht- und Miethgelder machen eine Ausnahme, wenn sie aus vor dem Kaufe abgeschlossenen Verträgen herrühren; der Käufer ist dadurch nicht gefährdet, weil ihn jene Verträge nicht angehen. L. 13, §. 11 D. de act. emti.

11) §§. 180, 181 a. a. O.

12) §§. 221, 93 a. a. O. — L. 13, §. 20 D. de act. emti.

13) Darin ist also das G. R. abgeändert. L. 19, 53 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 5, §. 18 D. de tribut. act. (XIV, 4); §. 41 J. de rer. divis. (II, 1).

Schulden des Verkäufers auf Abrechnung des Kaufgeldes, so wird der Käufer dadurch persönlich verpflichtet, die übernommenen Posten an die Gläubiger zu bezahlen oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit zu bewirken, doch erst sobald die Zahlung fällig wird [13a]). 2. Entschädigung für Dolus, grobes und mäßiges Versehen (§§. 468, 469). Im Falle der mora accipiendi darf der Verkäufer, bei der ihm wie jedem andern Schuldner freistehenden Deposition, zugleich soviel gerichtlich versteigern lassen als zur Bezahlung des Kaufpreises und der Niederlegungskosten erforderlich ist; was durch den Verkauf der Sache nicht gedeckt wird, muß der Käufer nachzahlen [14]). 3. Erstattung der Erhaltungskosten in den Fällen, wo ihm die Früchte und Nutzungen zukommen [15]). 4. Verzinsung des Kaufgeldes: a) wenn Zinsen ausbedungen worden sind, b) im Falle des Verzugs [16]), c) wenn die Sache übergeben und das Kaufgeld bei dem Abschlusse des Kontrakts nicht gestundet worden ist, also wider den Willen des Verkäufers zugleich mit der Sache genutzt wird; denn dieser Grund ist von der Mora unabhängig [17]).

§. 676.

3. Besondere Aufhebungsgründe.

Der Kauf kann durch einseitigen Rücktritt aufgehoben werden: I. Von Seiten des Verkäufers, 1. wenn der Käufer das ihm nicht gestundete Kaufgeld bei der Uebergabe nicht zahlen kann oder will [1]); 2. wenn bei Käufen über bewegliche Sachen unter

---

13a) Pl. Beschl. (Pr. 1096) des Ober-Trib. v. 14. Februar 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 298) und Pr. 2157, vom 8. November 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 203).

14) §§. 217—220 a. a. O.

15) §§. 95, 105 das. — L. 13, §. 22 D. de act. emti.

16) Dieser Fall tritt z. E. ein, wenn die Vorausbezahlung des Kaufgeldes vor der Uebergabe bedungen worden ist. Vergl. L. 19 D. de periculo et commodo (XVIII, 6).

17) §§. 109, 227, 228 a. a. O. — S. oben §. 460, Note 7a, und Recht der Ford. §. 322, Bd. III, S. 640 flg. Die §§. 224, 226 d. T. beziehen sich nicht auf die Zinsenobligation, sondern auf die Befugniß zum Rücktritte von dem Kontrakte bei ausbleibender Zahlung. Von und zur Mühlen, in Simon's Zeitschrift Bd. I, S. 21 flg. — Vergl. Fragm. Vat. §. 2; L. 13, §. 20, 21 D. de act. emti (XIX, 1); L. 5 C. eod. (IV, 49).

1) §. 230 a. a. O. Auch bei Käufen auf Theillieferungen beweglicher Sachen, hinsichtlich der künftigen Lieferungen, wenn schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung stattgefunden haben und die letztstattgefundene Lieferung ohne Zahlung, aber

50 Thalern der Gegenstand zur bestimmten Zeit nicht abgeholt wird[2]. II. Von Seiten des Käufers: 1. wenn bei einem nach Maß oder Gewicht über eine bestimmte Menge geschlossenen Kaufe die bedungene Menge bei der Uebergabe nicht vorhanden ist, auch bis zum Verlaufe der zur Uebergabe bestimmten Zeit nicht herbeigeschafft wird, und der Käufer noch keine Theillieferung angenommen hat[3]; 2. wegen enormer Verletzung vor und nach der Uebergabe, wenn kein Ausnahmefall vorhanden (§. 673, I, 3). Geschieht der Aufruf nach der Uebergabe, so muß Alles wieder in seinen frühern Zustand versetzt werden. Der Käufer hat dabei, wegen der Verwendungen und Verschlimmerungen, bezüglich auf die zurückzugebende Sache, die Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers, mit dem Unterschiede, daß er sogar für ein geringes Versehen haftet[4]; die Früchte und Nutzungen während der Besitzzeit werden mit den Zinsen des Kaufgeldes kompensirt und, insoweit der Käufer mit der Zahlung rückständig geblieben, müssen dem Verkäufer davon Zinsen gezahlt werden; bei Landgütern aber wird der Ertrag, welcher nach einem Anschlage hätte gezogen werden können, mit den Zinsen verglichen und die überschießende Summe von dem Einen dem Andern gezahlt[5].

---

in Voraussetzung alsbaldiger Zahlung, stattgefunden hat. Pr. des Ober-Trib. 2188, vom 21. Decbr. 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 144). Nach der Auslegung Einiger soll dieser Satz sich nur auf bewegliche Sachen beziehen. S. jedoch das Pr. des Obertrib. 484 (Jur. Wochenschr. 1838, S. 794). Ang. von dem damaligen II. S. in Sachen Glauer c. v. Montbach, $^{226}/_{84}$, am 25 Mai 1838, und wieder in der Sache Nobbe c. Dinse, $^{301}/_{708}$ 41, am 23. Oktbr. 1841. Zu dem Rücktritte in solchem Falle bedarf es auch keiner schriftlichen Erklärung; es genügt jede stillschweigende Erklärung, z. B. der weitere Verkauf der Sache; der Verkäufer kann dann den Käufer nicht mehr in Anspruch nehmen. Pr. 1840, vom 2. Febr. 1847. Der Rücktritt gilt auch bei einem pactum de cedendo, wenn die ausbedungene Zahlung nicht geleistet wird. Pr. 2087, vom 13. Nov. 1848. — Die §§. 224 und 226 passen nicht zu §. 230, weil sie aus Versehen unverändert aus dem Entwurfe aufgenommen sind, während man das Prinzip im §. 230 bei der Umarbeitung dahin abgeändert hat, daß der Rücktritt nur vor der Uebergabe zuläßig sein solle.

2) §. 229 a. a. O. Ist auf den Handelsverkehr berechnet. Meldet sich in diesem und dem vorigen Falle der Käufer später, so kann der Verkäufer den Kontrakt aufheben und die Uebergabe verweigern. Pr. 1951, vom 29. November 1847.

3) §§. 207, 209, 210, 589 das. Geht auch auf Bodenflächen. Eine Ausnahme gilt bei Verkäufen der Landwirthe von ihrem künftigen Zuwachse. §. 590 a. a. O.

4) §§. 251—253 a. a. O. Das geringe Versehen ist eine Anomalie.

5) §§. 254—256 a. a. O. Schles. Arch. Bd. V, S. 381. Nach G. R. ist die Methode der Ausgleichung streitig.

4. Einzelne Arten des Kaufs.

A. In Ansehung des Gegenstandes.

a) Hoffnungskauf.

§. 677.

aa) Das Allgemeine.

Der Hoffnungskauf hat künftige oder doch ungewisse Rechte zum Gegenstande (§. 674, III, 2) und bezieht sich entweder auf die künftige Sache selbst oder auf die Hoffnung zu derselben. I. Ist die künftige Sache selbst in der Art Gegenstand des Kaufs, daß der Käufer nur unter Voraussetzung der wirklichen Entstehung und Ueberlieferung der Sache das Kaufgeld bezahlen soll (emtio rei speratae): so unterscheidet sich der Handel von einem gewöhnlichen Kaufe wesentlich nur dadurch, daß er ein **bedingter** ist. Tritt die Bedingung nicht ein, so fällt der Vertrag von Anfang weg und das vorausbezahlte Kaufgeld wird condictione causa data ohne Zinsen zurückgefordert [1]. 1. Erforderniß dieses Kaufs ist, daß der Gegenstand, aus welchem die verkaufte Sache hervorgehen soll, individuell bestimmt sei [2], sonst ist der Vertrag ein Lieferungskontrakt [3]. 2. Die Uebergabe muß sogleich nach der Entstehung der verkauften Sache geleistet werden; kann aber auch so geschehen, daß schon vorher der Gegenstand, aus welchem sie entstehen soll, der eigenen Obhut des Käufers überliefert wird: in diesem Falle geht von da an die Gefahr des Unterganges während der Entstehung auf den Käufer über [4]. II. Der Hoffnungskauf, d. h. der Vertrag, wodurch Jemand gegen ein unbedingt versprochenes baares Kaufgeld von dem Andern die Zu-

---

1) §§. 529, 530, 543, 544 a. a. O. — L. 8 pr., L. 7 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

2) §. 591 das. — Bei gemeinen Landleuten, die sich mit Lieferungsgeschäften sonst nicht befassen, wird im Zweifel das eigene Grundstück des Verkäufers verstanden. §§. 592, 593.

3) Der §. 583 a. a. O., welcher das besondere Erforderniß der gerichtlichen Form vorschrieb, ist aufgehoben; es genügt die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form. Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1.

4) §§. 585, 586 das. Z. B. bei den s. g. Obstpachtungen, wie man die Verkäufe des noch hangenden Obstes einer bestimmten Baumpflanzung in Pausch und Bogen im gemeinen Leben zu benennen pflegt.

sicherung erhält, daß er den Gegenstand, welcher aus einer bestimmten Sache oder in Folge einer gewissen Begebenheit entstehen möchte, erhalten solle, ohne Unterschied des Werths (emtio spei), ist ein unbedingtes Geschäft[5]), hat dieselbe Form wie der vorige und wird, wie Jener, von dem A. L. R. zu den gewagten Verträgen — ein unjuristischer Begriff, als dessen Merkmal der Umstand angegeben wird, daß von der einen Seite eine gewisse Sache oder ein bestimmter Preis, und von der andern die Hoffnung auf einen künftigen Vortheil oder auch künftig erwartete aber noch unbestimmte Vortheile überlassen werden[6]) — gerechnet. Der Hoffnungskauf setzt voraus, daß entweder die bestimmte Begebenheit noch bevorsteht oder, wenn sie schon geschehen, doch der Erfolg noch beiden Theilen unbekannt ist[7]); und verpflichtet jeden Theil, dem Andern unaufgefordert alle ihm bekannte Umstände, wovon der Erfolg der Begebenheit, oder die Beschaffenheit des davon erwarteten Vortheils abhangen kann, vor dem Abschlusse treulich anzugeben; Zurückhaltung berechtigt den Andern zum Rücktritte und zur Interessenforderung[8]). Vereitelt der Verkäufer die Hoffnung, so hat er nach Maßgabe seiner Verschuldung den Käufer schadlos zu halten; der Betrag wird, wenn das Interesse auf andere Art nicht auszumitteln ist, auf das Doppelte des Kaufgeldes angenommen[9]).

§. 678.

bb) Lotterievertrag.

A. L. R. I, 11, §§. 547—568. — Bender, die Lotterie. Heidelberg, 1832, und als Beilage zum Archiv für civil. Praxis, Bd. XV. Als zweite Auflage unter dem Titel: das Lotterierecht. Giessen, 1841. — Hagemann praktische Erörterungen, Bd. V, (Hannover, 1809), S. 129 flg.

Der Lotterievertrag ist die Species des Hoffnungskaufs, wodurch der Verkäufer (der oder die Unternehmer)[1]) dem Käufer

---

5) §. 528 das. — L. 8, §. 1 D. eod. — L. 11, §. ult., L. 12 D. de act. emti (XIX, 1).

6) §. 527 das. — Auf jeden Pacht- und Verdingungskontrakt, ja auf viele Sachkäufe paßt die Begriffsbestimmung.

7) §§. 537, 538, 532—536 a. a. O.

8) §§. 539—541 das. — Ueber das Verschweigen bei gewagten Geschäften, Mathis VI, S. 175.

9) §. 545 das. — L. 12 D. de act. emti (XIX, 1).

1) Bei der jetzt in Preußen bestehenden Lotterie ist der Staat selbst der

(Einsetzer) die Hoffnung, einen Gewinn nach Maßgabe des vorgelegten Plans und der Einrichtung der Lotterie zu machen, verkauft und den auf die genommene Ziffer wirklich treffenden Gewinn zu zahlen verspricht. I. Erfordernisse: 1. Erlaubniß des Staats zur Unternehmung [2]); 2. ein dem Unternehmen zum Grunde gelegter, von der Staatsbehörde genehmigter und öffentlich bekannt gemachter Plan; 3. Abschließung des Kontrakts zwischen den Parteien mit Bezugnahme auf den Plan; 4. Aushändigung der Bescheinigung über die genommene Ziffer (Billet, Loos). Dieses kann auf den Inhaber lauten und alsdann berechtigt der bloße Besitz zur Erhebung des Gewinnes [3]). Durch Zusendung des Looses ohne alle Vorgänge, und Liegenbleiben desselben bei dem Adressaten kommt der Vertrag nicht zu Stande, der Empfänger wird durch das Unterlassen der Rücksendung Verwahrer [4]); eine stillschweigende Uebereinkunft kann darin liegen, wenn beide Theile schon vorher in diesem Verkehr stehen und der Empfänger bisher die ihm zugesendeten Loose behalten und bezahlt hat: in diesem Falle darf der Zusender die Rücksendung erwarten, wenn der Andere seine Gesinnung geändert hat [5]). II. Der Unternehmer ist schuldig: 1. bis zum Ziehungstermine Jedem Loose abzulassen, so lange deren vorhanden; 2. an dem bestimmten oder mit Genehmigung der Interessenten verlegten Tage die Ziehung zu bewirken, wenngleich noch Loose unabgesetzt sind, die er jedoch für eigene Rechnung spielen darf; für stillschweigend bewilligt gilt die Verlängerung des Termins, wenn auf die öffentliche Bekanntmachung bis zum Verlaufe der Hälfte des zugesetzten Zeitraums der Einsatz nicht zurückgefordert wird; 3. den auf das Loos treffenden Gewinn an den Inhaber planmäßig zu zahlen. Werden die Loose bis zum Ziehungstermine nicht abgesetzt, so kann der Unternehmer

---

Unternehmer; früher, vor 1794, hatten Privatpersonen eine widerrufliche Konzession gegen eine jährliche Abgabe. Publ. vom 23. August 1782. Ueber die heutige Staatslotterie, deren Einrichtung mehrmals gewechselt hat, verhalten sich: Edikt vom 20. Juni 1794 (Rabe, II, S. 643); Edikt v. 28. Mai 1810 (Rabe, X, S. 350); K. O. vom 21. Juli 1841 (G. S. S. 131).

2) §. 547 a. a. O. — Vergl. Berg, Handbuch des deutschen Pol. R. Bd. II, S. 254.

3) §§. 554–556 das. — Bender, a. a. O. S. 80.

4) Die Frage ist streitig. S. Bender, S. 55, 62 und Hagemann, Erört. Bd. II, Nr. 46.

5) Vergl. den Rechtsfall in Ullrich's Archiv, Bd. V, S. 495.

zurücktreten, muß aber den Einsatz mit den höchsten erlaubten Zinsen zurückzahlen [6]). III. Der Käufer ist nur naturaliter verpflichtet, das Kaufgeld (den Einsatz) zu zahlen; der Unternehmer hat nur ein Kompensationsrecht aus diesem Geschäfte selbst, d. h. wenn auf das unbezahlt gebliebene Loos ein Gewinn fällt; eine Klage steht ihm nicht zu [7]). Mehrere Käufer Eines Looses oder Loostheiles stehen entweder in einer Gesellschaft oder in einer zufälligen Gemeinschaft [8]); die einzelnen Käufer verschiedener Loose oder Loostheile stehen zu einander in gar keinem Rechtsverhältnisse. IV. Die von den Unternehmern angestellten Kollekteurs stehen im Allgemeinen in einem Mandatsverhältnisse [9]). V. Die nach Art ordentlicher Handlungsbücher geführten Bücher der Unternehmer und der Kollekteurs haben unter ihnen, nicht in Beziehung auf Andere, die Beweiskraft der Handlungsbücher [10]).

§. 679.

cc) Ausspielvertrag.

Grollmann, Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts. Giessen, 1797. — Lange, die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäfte. Erlangen, 1818. — Der Ausspiel- und Lotterievertrag, dargestellt von einem praktischen Juristen. Leipzig, 1833.

Unter diesem Namen kommen zwei wesentlich verschiedene Geschäfte vor. I. Die Verloosung einer gemeinschaftlichen Sache unter den Theilhabern, welche ein Theilungsmodus ist [1]). Sie kann auf dreierlei Weise geschehen: entweder a) soll den gemeinschaftlichen Gegenstand Einer ganz erhalten und den Uebrigen bestimmte Abfindungen geben; oder b) die Gegenstände werden in soviel Portionen, als Theilnehmer sind, gelegt; oder c) den Gegenstand soll Einer ganz erhalten, ohne die Uebrigen abzufinden.

---

6) §§. 550—553, 555, 556 a. a. O.

7) Die Gesetzgebung hat hierüber gewechselt. §§. 557, 558 a. a. O., Anh. zum A. L. R. §. 18. — K. O. vom 21. Juli 1841, §. 1 (G. S. S. 131).

8) Schles. Arch. Bd. IV, S. 32; Entsch. des Ober-Trib. Bd. II, S. 133.

9) §§. 559—567 a. a. O. Das Verhältniß zwischen ihnen und den Unternehmern ist bisweilen mit dem Trödelkontrakt vermischt, insofern sie die unabgesetzten und nicht zurückgegebenen Loose für sich behalten müssen. Hagemann, a. a. O. §. 3.

10) §. 568 a. a. O. Ist nach G. R. streitig. Lindner, über die Glaubwürdigkeit der Handlungsbücher und eines Hauptbuchs der Lotterie-Kollekteurs. Helmst. 1818.

1) §§. 569—576 a. a. O. — K. O. vom 20. März 1827, §. 4 (G. S. S. 27).

Die letzte Methode ist ein Spiel. II. Der eigentliche Ausspielvertrag ist ein solcher Hoffnungskauf, wodurch der Verkäufer jedem Käufer die Hoffnung, eine bestimmte Sache zu gewinnen, verkauft, und wenn dieser Gewinn auf dessen Ziffer trifft, die Sache zu übergeben. Zwischen dem Gewinner und dem Ausspieler geht das Verhältniß durch das Treffen in einen bestimmten und unbedingten Sachkauf über[2]). Dieses Geschäft ist verboten und erfordert jedesmalige Erlaubniß der Staatsobrigkeit; ausgenommen sind Ausspielungen beweglicher Sachen in Privatzirkeln zum Zwecke eines geselligen Vergnügens oder der Mildthätigkeit[3]). Die ertheilte Erlaubniß enthält zugleich die Bestimmungen des Verhältnisses; übrigens gelten in dem vor der Ziehung bestehenden Rechtsverhältnisse die Grundsätze von dem Lotterievertrage, und nach der Ziehung kommen zwischen dem Gewinner und dem Ausspieler die Regeln vom Kaufe in allen Beziehungen zur Anwendung.

§. 680.

b) Kauf von Forderungen.

Nur der Handel mit den umlaufenden Geldpapieren au porteur payables[4]) hat manches Besondere. I. Die Ansichten darüber: was dabei als der eigentliche Gegenstand des Kaufs anzusehen sei, widerstreiten sich; Manche halten diesen Kauf für einen Sachkauf, wobei das Papier die Sache sei. Die Folge davon wäre, daß mit der Vernichtung des Papiers die Schuld, worüber Es lautet, getilgt wäre. Nach der richtigen Meinung sind dergleichen Papiere bloße Schuldscheine, d. h. Beweisstücke über eine Forderung des Inhabers an den Aussteller. Auf dieser Ansicht beruhet wesentlich auch die Pr. Gesetzgebung, indem die Schuld fortbesteht, wenn auch das Papier untergeht[5]); doch erinnert die Bestimmung, daß dergleichen Papiere als Zahlmittel für baares

---

2) Andere Vorstellungen s. bei Mittermaier, Grundsätze, §. 299; Lange, S. 41; Weiske, Rechtslexikon, Bd. I, S. 472 u. A.

3) V. vom 31. März 1812 (G. S. S. 31); Berichtigung vom 12. Mai 1812 (G. S. S. 48); V. vom 7. Dezbr. 1816, §. 4 (G. S. 1817, S. 4); K. O. vom 26. März 1825 (G. S. S. 22); K. O. vom 20. März 1827 (G. S. S. 29).

4) Bender, über den Verkehr mit Staats-Papieren in seinen Hauptrichtungen. Heidelberg, 1830. — Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen, 1835. — Vierjahn, Handbuch der Staatspapiere. Leipzig, 1836. — Dunker, über Staatspapiere auf den Inhaber; in Reyscher und Wilda, Zeitschrift, Bd. V, S. 30 flg.

5) V. vom 16. Juni 1819, betreffend die Amortisation verlorner Staatspapiere (G. S. S. 157); K. O. vom 3. Mai 1828 (G. S. S. 61).

Geld gelten sollen[6]), an die andere Ansicht. II. Der einfache Kauf dieser Papiere unterscheidet sich von dem Kaufe fungibler Sachen durch nichts. Die meisten Geschäfte darin sind jedoch anderer Art und bezwecken gewöhnlich nicht die Erwerbung der Papiere, sondern die Gewinnung des Unterschiedes zwischen dem verabredeten Preise und dem Kurse des Lieferungstages, und werden daher durch die Zahlung der Differenz erledigt (Stockjobberei). Deshalb werden diese Geschäfte auf Zeit geschlossen und erscheinen als Lieferungsverträge unter mannichfachen Modalitäten[7]). Die gewöhnlichsten sind: 1. Lieferung auf Zeit, entweder auf Zeit täglich, so daß der Abnehmer innerhalb der bestimmten Zeit an jedem ihm beliebigen Tage die Ablieferung fordern kann; oder auf Zeit fix, wo Lieferung und Abnahme an dem bestimmten Tage geschehen muß; oder fix und täglich, wo die beiden vorigen Weisen vereinigt sind. 2. Nothgeschäfte, wonach dem Abnehmer freisteht, bis zu einer gewissen Grenze soviel zu fordern wie er will. 3. Geschäfte auf Vor- und Rückprämie, wo jeder Theil gegen Zahlung einer bestimmten Summe zurücktreten kann. 4. Stellgeschäfte, wo jeder Theil vor dem Lieferungstage erklären (sich stellen) darf: ob die Lieferung geschehen oder die Prämie gezahlt werden soll. 5. Schluß fest und offen, d. i. das umgekehrte Nothgeschäft. III. Die Klagbarkeit dieser Geschäfte ist vielfach bestritten. Die Pr. Gesetzgebung hat, nach vielerlei Vorschlägen[8]), bis jetzt nur die Geschäfte dieser Art über Spanische Staatspapiere untersagt, so daß nur wirkliche, sofort vollzogene Käufe (Zug um Zug) erlaubt sind[9]); in Beziehung auf andere Papiere werden die Geschäfte der gedachten Art von der Praxis in Schutz genommen[10]).

§. 681.

c) Gülten- oder Rentenkauf.

Gülten, Renten (annui redditus, census) sind immerwährende, jährlich oder zu andern bestimmten Zeiten, aus einem

6) I, 16, §. 28; I, 11, §. 653. Den Unterschied zwischen diesen Papieren und baarem Gelde s. o. §. 89, Note 2, Bd. I, S. 215.

7) v. Speckner, über das Recht der Verkaufsselbsthülfe, oder Differenzwesen im Verkehr mit Staatspapieren. München, 1822. — Ehrmann, rechtliche Ansichten über den Handel mit Staatspapieren. Frankfurt. 1820. — Woyna, Antwort auf die Stockjobberei. Wien, 1822.

8) Darüber: Recht der Ford. §. 328, Bd. III, S. 663.

9) Verordnung vom 19. Januar 1836 (G. S. S. 9).

10) Simon's Rechtssprüche, Bd. I, S. 244 ff., und 253 ff.

Grundstücke zu entrichtende Leistungen in fungiblen Sachen, und ihrer rechtlichen Natur nach Forderungsrechte, wodurch sie sich von den Reallasten unterscheiden (§. 351 a. E. u. §. 353). Dieses aus der deutschen Rechtsgewohnheit entstandene Rechtsinstitut ist im Pr. R. dem Namen nach noch vorhanden, aber so gut wie ganz außer Gebrauch und völlig entbehrlich. 1. Gegenstand des Kaufs ist dabei das Rentenrecht, als Ganzes und Untheilbares, vermöge dessen der Käufer zu den einzelnen Hebungen berechtigt ist, und welches mit einem Grundstücke durch Eintragung in Verbindung gebracht wird. 2. Das Kaufgeld darf nicht weniger betragen als das Kapital, welches erforderlich wäre, um Zinsen nach dem höchsten erlaubten Satze zu dem Belaufe der Renten aufzubringen[11]. 3. Der Verkäufer (Rentenzahler) darf die Renten wieder ablösen; der Käufer kann nicht willkührlich kündigen, sondern nur dann, wenn die Renten drei Jahre hintereinander rückständig geblieben sind[12] und unterdeß der Besitzer des Grundstücks derselbe geblieben ist.

§. 682.

d) Erbschaftskauf.

A. L. R. I, 11, §§. 445–510.

Gegenstand eines Erbschaftskaufs muß die Erbschaft selbst, als Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris), ganz oder zu einem bestimmten Antheile, sein; sind Erbschaftsstücke, gleichviel ob einzeln oder als Begriffsganze (universitas rerum), verkauft, so ist ein Sachkauf vor. Als Auslegungsregel ist angenommen, daß, wenn bei einem Erbschaftskaufe ein Inventarium zum Grunde gelegt wird, und aus dem Vertrage nicht erhellet, daß dasselbe nur zur nähern Bestimmung und Beschreibung dienen solle, der Kauf ein Sachkauf sei[1]. I. Erfordernisse sind: 1. die Erbschaft muß schlechterdings bereits angefallen sein, die künftige Verlassenschaft eines noch Lebenden kann auch nicht als eine künftige Sache oder als eine Hoffnung verkauft werden: ein solches Geschäft ist, als unsittlich, nichtig[2]. 2. Beide Theile müssen an sich fähig sein, eine Erbschaft zu erwerben; der Verkäufer zur Zeit

---

11) II, 20, §§. 1271 flg. — Reichspol. Ordn. von 1577, XIX, §. 3.

12) I, 11, §§. 329, 330. — R. A. von 1500, §. 32; R. P. O. von 1530, Art. 26; von 1577, Tit. 17, §. 9; R. Dep. Abschl. von 1600, §. 33.

1) §§. 447–450 a. a. O.

2) §§. 445, 446, 505 a. a. O. — L. 1, 7 D. de hered. vend. (XVII, 4).

des Anfalls[3]). 3. Der Vertrag mußte bis auf die neuere Zeit in allen Fällen gerichtlich geschlossen werden; jetzt genügt die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form[4]). II. Mit der Vollziehung der schriftlichen Urkunde über den Vertrag geht, da der Gegenstand ein Recht ist, die Erbschaft auf den Käufer über, dergestalt daß der Käufer, jedem Dritten gegenüber, so angesehen wird, als wäre er schon von Anfang (vom Anfalle an) Erbe gewesen[5]); dem Verkäufer gegenüber aber muß er die Erbschaft in dem Zustande nehmen, in welchem sie sich dermalen befindet; was also der Verkäufer von seinem Eigenthume bereits verbracht oder vernichtet hat, darüber hat Niemand Rechenschaft zu fordern[6]), wenn nur Alles offen und rechtschaffen verhandelt worden ist. 1. Das Anwachsrecht steht dem Käufer zu, nicht aber Das, was dem Verkäufer aus einer Pupillar- oder fideikommissarischen Substitution, oder aus Vermächtnissen, die einem Miterben aufgelegt sind, oder aus einer Schenkung des Erblassers von Todeswegen, sowie Das, was ihm nicht von dem Erblasser, sondern nur in Folge dessen Todes von anderswoher zufällt[7]). 2. Für ausgenommen vom Verkaufe gelten im Zweifel Familienurkunden und Familiengemälde, die ohne erheblichen Geldwerth für den Käufer sind[8]), gleichwie unschätzbare persönliche Leistungen des Erben nicht auf den Käufer übergehen[9]). 3. Der Verkäufer hat dem Käufer nur für das Erbrecht, nicht für einzelne Erbschaftsstücke, Gewähr zu leisten[10]), und haftet für die Folgen seines groben und mäßigen Versehens in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit[11]).

---

3) §§. 451—453 ebend.

4) §. 473 a. a. O. A. G. O. II, 1, §. 9, Nr. 2. — Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1, lit. c. (G. S. S. 495).

5) §. 456 das. Anders nach R. R., wonach der Erbe Erbe bleibt und nur die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände überliefern muß. L. 13 pr., L. 14, §. 1, L. 17 i. f., L. 18, 22 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 151 D. de verb. sign.

6) §§. 474, 476, 477, 480—483 a. a. O. Die Fassung dieser Bestimmungen ist so, daß man denken könnte, es solle wegen Verschlimmerungen dem Erbschaftskäufer eine Forderung an den Verkäufer zustehen. Man hat nicht die Grundsätze, sondern nur einzelne Folgen ausgedrückt.

7) §§. 457—461 a. a. O. Nach G. R. ist über das Anwachsrecht Streit.

8) §. 479 a. a. O. Gesuchte Werke berühmter Meister nicht.

9) §. 468 das.

10) §§. 484, 485, 487—491, 495 a. a. O. — L. 14, §. 1, L. 15, 16 D. de hered. vend. (XVIII, 4). Inkonsequent sind die Bestimmungen §§. 489—491, da das Geschäft nichtig sein soll, mithin nur die Kondiktion oder die Entschädigungsklage wegen aquilischer Schuld anwendbar ist.

11) §§. 503, 504 a. a. O. Vergl. oben §§. 468, 469.

4. Der Käufer haftet in gleicher Weise für Entschädigung und muß den Verkäufer von den Schulden und Lasten, wozu auch die noch unbezahlten Begräbnißkosten und der Erbschaftsstempel[11a]) gehören, befreien[12]), hat aber für bereits vor dem Kauf bezahlte Schulden keinen Ersatz zu geben[13]), weil er die Erbschaft, dem Verkäufer gegenüber, in ihrem dermaligen Zustande erwirbt. 5. Dem Käufer steht frei, entweder von dem Kaufe zurückzutreten, oder Entschädigung, beziehlich Minderung des Preises zu fordern: a) wenn vorher nicht bekannte Miterben auftreten, b) wenn der Verkäufer unter einer Bedingung Erbe ist und dem Käufer solches verschwiegen hat[14]). III. Den Gläubigern und Legatarien gegenüber wird der Verkäufer nicht frei, und da auch die Schulden und Legate als obligationes rei, welche auf der Erbschaft haften, mit derselben auf jeden Besitzer übergehen[15]), so haben die Gläubiger und Legatare zwei solidarische Schuldner, unter welchen sie wählen können; doch müssen sie, wenn sie zuerst den Käufer angreifen und später an den Erben zu gehen gedenken, sich solches bei Anbringung der Klage vorbehalten und den Vorbehalt dem Erben gerichtlich bekannt machen lassen[16]).

B. In Ansehung der Eingehung.

§. 683.

Oeffentliche Versteigerung (Subhastation und Auktion).

A. L. R. I, 11, §§. 340–362. — A. G. O. I, 52. — Verordnung II, vom 4. März 1834 (G. S. S. 39). — Löwenberg, die Verordnung vom 4. März 1834, über die Exekution in Civilsachen und über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß, nebst sämmtlichen gesetzlichen und ministeriellen Abänderungen ꝛc. Berlin, 1836. — Heinemann, die Subhastation nach rationalen und politischen Grundsätzen, nach gemeinen deutschen Rechten und nach großherzoglich sächsischen Gesetzen, im Zusammenhalte mit den königl. sächsischen, preuß. und französischen Prozeßordnungen dargestellt. Weimar, 1832.

11a) Der Verkäufer kann, wenn er nach Abschluß des Vertrages den Erbschaftsstempel dem Fiskus hat entrichten müssen, von dem Käufer die Erstattung fordern. Pr. des Ober-Trib. 1873, vom 7. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 464).

12) §§. 469, 470, 466 a. a. O.

13) §§. 480, 481 das. S. oben Note 6. — Anders nach R. R. L. 2, §§. 10, 11, 15, 16, 18, 19; L. 18, 24 D. eod.

14) §§. 492–494, 496–502 a. a. O.

15) §. 510 a. a. O. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 397.

16) §§. 462–465 a. a. O. Vergl. L. 2 C. de pactis (II, 3); L. 2 C. de hered. vend. (IV, 39); L. 2, §. 13, 20 D. eod. (XVIII, 4); L. 2 C. de leg. (VI, 37).

Die öffentliche Versteigerung ist Vermittelung eines zweiseitigen Vertrags jeder Art. Soll sie das Mittel zu einem Verkaufe sein, so heißt sie bei beweglichen Sachen Auktion, und bei Grundstücken und Schiffen Subhastation. Je nachdem die Subhastation auf freier Willkühr des Verkäufers oder auf einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhet, ist sie eine freiwillige oder eine nothwendige. I. Eine freiwillige Subhastation kann auch außergerichtlich sein [1]); wenn sie aber auch gerichtlich geschieht, so hat sie keine anderen Folgen, als jeder willkührliche Kauf, und das Lizitationsprotokoll stellt, wenn ein Gebot angenommen wird, die Urkunde über den Vertrag vor [2]). II. Die nothwendige Subhastation kann nur gerichtlich und nach bestimmten Prozeßregeln vorgehen. Sie ist in einer Hinsicht die Art und Weise der Vermittelung, in anderer Hinsicht aber wegen des nothwendig folgenden Zuschlags ein Verkauf, bei welchem die Bestimmung des Kaufpreises von einem künftigen Ereignisse oder dem Ausspruche eines Dritten abhängig gemacht ist. Das Ereigniß ist die Lizitation und deren Erfolg, und die Entscheidung des Dritten (Richters) tritt ein, wenn es zweifelhaft oder streitig wird, wer unter Mehreren vergleichungsweise das Bestgebot gethan hat. 1. Zur Gültigkeit eines durch nothwendige Subhastation vermittelten Verkaufs ist erforderlich: a) Es müssen dabei alle wesentlichen Erfordernisse eines Kaufkontrakts anzutreffen sein [3]); mehr aber ist nicht nöthig, namentlich ist der Adjudikationsbescheid (addictio) nicht zur Vollendung des Kaufs als solchen, wenn nicht die Entscheidung über das Bestgebot nothwendig wird, sondern nur als Ursache der Wirkungen einer nothwendigen

---

1) R. vom 20. Juli 1795 (Rabe, Bd. III, S. 120); R. vom 9. Jan. 1802 und vom 27. Oktober 1804 (Rabe, Bd. VIII, S. 205). — Nach manchen Partikulargesetzen kann sie nur gerichtlich geschehen. Curtius, Sächs. Civilrecht, Bd. IV, S. 27.

2) §§. 360—362 a. a. O. V. vom 6. April 1839 (G. S. S. 125).

3) A. L. R. §§. 340, 341 d. T. — Schles. Arch. Bd. V, S. 147 flg. Die Vorschriften der §§. 192—196 d. T., betreffend die Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften, finden auch bei nothwendigen Subhastationen Anwendung. Der Adjudikatar erlangt daher, beim Mangel anderweitiger Verabredungen, auf die erstandene Sache nur in dem Zustande, in welchem sich dieselbe bei Abgabe seines Gebotes befunden hat, ein, noch durch die Vorschrift §. 213 d. T. beschränktes Recht, und die Zahlung des Meistgebotes befreit ihn insbesondere nicht von Ansprüchen wegen nützlicher Verwendungen, die in das Grundstück vor Publikation der Adjudikatoria gemacht worden, in so weit diese nach den allgemeinen Grundsätzen über die versio in rem begründet werden können. Pr. 532, vom 28. September 1838.

Subhastation erforderlich[4]), und giebt dem Käufer auch kein Eigenthum, wenn der, gegen welchen das Verfahren geht, nicht Eigenthümer war (§. 253, I, 2, Bd. I, S. 476). b) Auf das Ereigniß darf nicht betrüglich, z. B. durch gewinnsüchtige Vereinbarung der Bieter, sich einander nicht zu überbieten, eingewirkt werden; sonst ist der durch die irrige Meinung: es stehe kein höheres Gebot zu erwarten, veranlaßte Konsens nichtig[5]). c) Die wesentlichen Förmlichkeiten müssen beobachtet worden sein. Diese sind: aa) Taxation vor der Lizitation; bb) Bekanntmachung des Termins in der vorgeschriebenen Art; doch tritt nur dann Nichtigkeit ein, wenn eine von den vorgeschriebenen Arten der Bekanntmachung ganz unterblieben ist, welches nicht bloß auf die öffentlichen Bekanntmachungen zu beschränken, sondern auch dann zur Anwendung kommt, wenn einer der Hypothekengläubiger zum Lizitationstermine nicht vorgeladen worden ist[5a]); cc) Abwartung der gesetzlichen Frist vor[5b]) dem Termine, welche von der ersten Bekanntmachung an gerechnet wird; doch soll ein Fehler um 14 Tage an der Zeit, bei Anschlagung oder Abnahme der Patente oder bei der Einrückung in die öffentlichen Blätter[5c]), nicht schaden; dd) Einwilligung aller Interessenten, wenn der Gerichtsdeputirte oder dessen Protokollführer Meistbietender ist[6]). Die Verletzung einer dieser Förmlichkeiten giebt jedem Interessenten von der Seite der Verkäufer, niemals dem Käufer, einen Grund zur

---

4) Der Richter handelt dabei so wenig wie in jedem andern Prozesse als Partei; er verkauft nicht, sondern dirigirt nur das Verfahren und thut seinen Ausspruch. — Das Ober-Trib. hat das Gleiche in dem Pr. 535, v. 28. September 1838 ausgesprochen: „Wenngleich das Eigenthum der subhastirten Sache erst durch die Adjudikation auf den Käufer übergeht, so ist doch der Kaufkontrakt selbst, bei der nothwendigen Subhastation, mit Ablauf des ordnungsmäßig abgehaltenen Bietungtermins, wenn auf diesen der Zuschlag erfolgt ist, für geschlossen (perfekt) zu achten."

5) I, 4, §§. 49, 75, 84, 87; I, 11, §. 17. — Schles. Archiv, Bd. V, S. 147. A. M. ist das Ober-Trib. nach dem Pl. Beschl. vom 16. August 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 115). Dagegen m. Beurtheilung der ersten zehn Bände, S. 484 ff.

5a) I, 11, §. 348, Nr. 2. — Pr. des Ober-Trib. 52, von 1834.

5b) Die Vorschrift bezieht sich also nicht auf die Zeit, welche der Abhaltung des Lizitationstermins selbst gewidmet wird; es ist mithin keine Nichtigkeit, wenn statt des ganzen Tages, gegen die Vorschrift der Pr. O. Tit. 52, §. 37, nur der Nachmittag dazu verwendet wird. Pr. 641, vom 16. März 1839.

5c) Nämlich in die Amtsblätter, in welche die Einrückung nothwendig geschehen muß; bei den fakultativen Einrückungen in andere öffentliche Blätter mag um so viel gefehlt werden als da will; die Einrückung hätte ja ganz unterbleiben können. Vergl. das Pr. 2058, vom 22. September 1848.

6) I, 11, §. 348; Anh. z. A. L. R. §. 15.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Zuschlag[7]). Die Vernichtung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Zuschlags-Erkenntnisses begründet für den Adjudikatar nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeitsbeschwerde die Verpflichtung eines unredlichen Besitzers; derselbe ist vielmehr bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten, weil das Zuschlagserkenntniß, so lange die Nullität desselben noch nicht rechtskräftig feststeht, die Wirkungen eines gültigen Judikats haben soll, und, der Nichtigkeitsbeschwerde ungeachtet, gegen den Adjudikatar auf Belegung der Kaufgelder vollstreckt wird[7a]), folglich eine Mora in der Herausgabe der Sache[7b]), wegen Mangels der wesentlichen Erfordernisse derselben (§. 475, I, 2), nicht begründet werden und von einer thatsächlichen Unredlichkeit des Adjudikatars bei dem gerichtlichen Zuschlage und dessen Vollstreckung gegen ihn, selbst wider seinen Willen, gar nicht Rede sein kann, zumal er jedenfalls die Sache nur gegen Rückempfang des Kaufgeldes herauszugeben hat. 2. Ein Bieter, welcher sein Gebot rechtsverbindlich gegeben (unterschrieben) hat, wird durch das Uebergebot eines Andern noch nicht entbunden, vielmehr muß er die für die Annahme eines Anerbietens vorgeschriebene Zeit abwarten[8]). 3. Die Wirkungen des Zuschlags sind: a) Das Eigenthum, Nutzungen, Gefahr und Lasten gehen mit der Publikation des Adjudikationsbescheides auf den Käufer über (§. 226, Note 9, Bd. I, S. 423); b) alle eingetragenen Hypothekenrechte sind löschungsfähig (§. 372, IV, Bd. I, S. 651). 4. Eigenthümlichkeiten eines solchen Verkaufs sind: a) Er gilt für einen Verkauf in Pausch und Bogen, jedoch nur in Ansehung der Gewährleistung wegen fehlender Quantität (§. 675, Note 7), nicht auch hinsichtlich der Gefahr, Lasten, Nutzungen und des Ueberganges des Eigenthums[9]); b) die Zahlung der Kaufgelder

---

7) Deklarat. vom 6. April 1839, Art. 2, Buchst. c. (G. S. S. 126).

7a) I, 11, §. 353; A. G. O. I, 16, §. 10; V. v. 14. Dec. 1833, §. 10; Decl. v. 6. April 1839 Art. 5. Nicht entgegen ist die Instruktion v. 7. April 1839 Nr. 39, wo zwar die Sache für litigios erklärt, nicht aber bestimmt ist, daß durch die Behändigung der Nichtigkeitsbeschwerde die Mora mit ihren Folgen eintrete, weshalb auch im §. 17 der V. vom 14. Decbr. 1833 nur die Erstattung des Geleisteten (hier also des Grundstücks) angeordnet, aber von Herausgabe der Früchte und Nutzungen nichts erwähnt wird. Pr· 2274, vom 14. Febr. 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 106).

7b) A. G. O. I. 7, §. 48 lit. d; A. L. R. I, 7, §. 222.

8) Entsch. des Ober-Trib. Bd. I, S. 265 ff. — Ist nach G. R. streitig.

9) A. L. R. a. a. O. §§. 344, 213 und 342. — Pr. 536, vom 28. Sept. 1838. Unter den Lasten, welche mit übergehen, werden nicht bloß die im §. 49

muß da, wo der Zuschlag ertheilt wird (nicht an dem Orte, wo die Sache übergeben wird) geschehen[10]; c) die Bedingung, daß, wenn das Kaufgeld zur bestimmten Zeit nicht bezahlt wird, die selbst schon im Besitze eines Dritten befindliche Sache auf Gefahr und Kosten des Käufers von neuem ausgeboten werden kann, versteht sich stillschweigend[11]. III. Bei gerichtlichen Auktionen wird das Eigenthum durch den mittelst mechanischen Aufschlagens ausgedrückten Zuschlag übertragen; der Zuschlag ist aber nichtig: a) wenn der Termin gar nicht öffentlich bekannt gemacht worden; b) wenn der Zuschlag ohne ausdrückliche Genehmigung sämmtlicher Interessenten dem Kommissarius oder dem Ausrufer ertheilt ist; c) wenn Sachen, welche hätten subhastirt werden müssen, durch Auktion veräußert worden sind. In jedem dieser Fälle kann die Sache binnen sechs Wochen nach dem Zuschlage vindizirt werden[12].

§. 684.

II. Der Tauschkontrakt.

A. L. R. I, 11, §§. 363—375.

Der Tauschkontrakt ist nach heutigem Rechte ein Konsensualkontrakt[1] und unterscheidet sich vom Kaufe nur noch darin, daß von beiden Seiten Sachen gegeben werden, wennauch nur als ein verhältnißmäßig geringer Theil der Leistung (§. 674, IV, 1); doch kann auch Geld als Waare behandelt und ausgetauscht werden (Geldwechsel)[2]. Ein innerer Grund zu eigenthümlichen Regeln

---

sondern auch die §. 48, Tit. 1 der G. O. gedachten verstanden. Pl. Beschl. vom 22. April 1844.

10) §. 345 das. D. h. wo die Adjudikatoria publicirt worden ist, was bei der Gerichtseinrichtung mit Kommissionen erheblich werden kann.

11) §. 346 a. a. O. — A. G. O. §§. 62, 63 a. a. O. — Nach neuem Recht ist dieser Satz nicht bedeutungslos, wenngleich der Zuschlagsbescheid ein exekutorischer Titel ist. V. v. 4. März 1834 §. 20. Denn wenn die Exekution daraus vollstreckt werden soll, so muß der gewöhnliche Zahlungsbefehl mit der vorgeschriebenen Frist vorausgehen. Dessen bedarf es nicht, wenn von jener Bedingung Gebrauch gemacht wird. Ebensowenig ist die Resubhastation, eben weil sie auf einem Vorbehalte und nicht auf einem rechtskräftigen Urtel beruhet, an die einjährige Dauer der exekutorischen Kraft gebunden. Pr. des O. Tr. 1948 u. 1949, v. 3. Dezbr. 1847. (Entsch. Bd. XVII, S. 490.)

12) §§. 347, 352 a. a. O.

1) Anders nach L. 1, §. 2 D. de rer. permut. (XIX, 4); L. 2 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

2) §§. 363, 374, 375 a. a. O. — L. 1 pr. §§. 1, 2 D. de permut. — L. 26 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

für den Tausch ist nicht mehr, die vom Kaufe geltenden Grundsätze könnten daher unverändert zur Anwendung kommen, bis auf den von der enormen Verletzung, wegen welcher hier angemessen jedem Theile ein Angriff und ein Einwand gestattet ist (§. 673, I, 1, b). Indeß hat man für den Fall der Entwährung bestimmt: 1. Wenn dem Einen die Sache ganz entzogen wird, so muß der Andere, wenn er zur Gewährleistung verpflichtet ist, die empfangene Sache zurückgeben; hat Dieser aber betrüglich gehandelt, so kann Jener wählen: ob er seine Sache zurücknehmen, oder ihm solche lassen und vollständige Genugthuung fordern will[3]). 2. Ist nur ein Theil der Leistung entwährt worden, so sollen beide vertauschte Sachen abgeschätzt und dann der Werth des entzogenen Theils bestimmt und ersetzt werden[4]). Es findet mithin bei dem Tausche nur die actio quanti minoris statt, während bei dem Kaufe dem Käufer die Wahl zwischen dem Rücktritte und der Schadloshaltung freisteht[5]). Die Würdigung muß übrigens mit Rücksicht auf den Zustand zur Zeit des geschlossenen Vertrags geschehen, da beiderseitige Sachen zugleich der Preis für die Andere sind und die Werthschätzung zu jeder andern Zeit, wegen der immittelst eingetretenen Verbesserungen und beziehlich Verschlimmerungen, ein unrichtiges Ergebniß haben würde.

III. Der Kauf wiederkehrender Leistungen.

§. 685.

1. Das Allgemeine.

Eine Art von Verträgen aus der deutschen Rechtsgewohnheit bezweckt, einer Person Mittel ihres Unterhalts zu sichern. Die mannigfache Gestaltung giebt die verschiedenen Spezien, deren

---

3) §§. 368, 369 a. a. O. Diese Bestimmung beruht auf der Lehre einiger Rechtsgelehrten, daß bei dem Tausche in dem Falle, wo eine fremde Sache gegeben worden, das Geschäft null sei, und mithin nicht die Kontraktsklage (actio praescriptis verbis), sondern nur die condictio sine causa oder die actio doli stattfinde. Dieser Lehrsatz ist hier aufgenommen, er hängt aber mit den Voraussetzungen des alten R. R. zusammen (L. 1, §. 3 D. de permut.), und paßt für die heutigen Grundsätze und Ansichten gar nicht.

4) §. 370 a. a. O. Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall der Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten, §. 175 d. T.; sondern auf den Fall der Entziehung eines Theils oder Pertinenzstücks der Sache, §. 164 ff. d. T. Der erste Fall ist vielmehr auch bei dem Tausche nach den §§. 189, 190 zu entscheiden. Pr. 1514, v. 21. Dezember 1844.

5) §§. 164—169, 188 a. a. O.

Gemeinsames darin besteht, daß die Leistungen durch die Lebenszeit eines oder mehrerer Menschen dauern. Die Verfasser des A. L. R. haben zwei Spezien: den eigentlichen Leibrentenkontrakt und den Altentheil- oder Auszugskontrakt ausgezeichnet, und daneben der Gattung unter dem Namen: Ankauf fortdauernder Prästationen, erwähnt. Die beiden genannten Spezien unterscheiden sich dadurch, daß bei dem Leibrentenkontrakte von beiden Seiten Geld gegeben wird, wogegen bei dem Altentheil die jährlichen Leistungen aus verschiedenen Arten zusammengesetzt sind und durch die Uebertragung einer ländlichen Wirthschaft aufgewogen werden.

2. Einzelne Verträge.

§. 686.

a) Der Leibrentenkontrakt.

A. L. R. I, 11, §§. 606–650. — Baumann, kurze und faßliche Darstellung der Verträge über das menschliche Leben, nach Rechtsgrundsätzen. Berlin, 1828.

Der Leibrentenkontrakt besteht in der Uebereinkunft, wonach der Eine (Verkäufer) eine bestimmte, während der Lebenszeit eines oder mehrerer Menschen dauernde, jährliche Geldrente, und der Andere (Käufer) eine bestimmte Summe Geldes zu geben verspricht[1]). Daß die Rente mit dem Tode der bestimmten Personen erlischt, auf Seiten des Verkäufers nicht wiederkäuflich ist, und nicht aus einem Grundstücke geleistet zu werden braucht, unterscheidet das Geschäft von dem Gülten- oder Rentenkaufe (§. 681). I. Der Vertrag muß in allen Fällen schriftlich geschlossen werden[2]). 1. Die Rente kann nicht bloß für den Käufer sondern auch zugleich oder ausschließlich für einen Dritten gekauft werden; der Dritte erhält ein Klagrecht gegen den Verkäufer erst entweder durch Beitritt zum Vertrage mit Bewilligung beider Theile, oder durch Cession des Käufers[3]). 2. Die Dauer der Rente kann auf

---

1) §§. 606—609 a. a. O. Die allgemeine übernommene Verpflichtung zur Alimentirung eines Andern genügt zum Begriffe eines Leibrentenkontrakts nicht. Pr. 1664, v. 20. Dezember 1845.

2) I, 5, §§. 136, 138, 139.

3) I, 11, §§. 612, 613. Die Cessions-Erklärung muß dem Dritten selbst gegeben werden; die Niederschreibung in dem Kontrakte allein genügt nicht, wenn nicht dem Dritten eine Ausfertigung davon Seitens des Cedenten gegeben wird.

die Lebenszeit eines der beiden Theile, oder eines Dritten, oder mehrerer Personen bestimmt werden; ist deshalb nichts verabredet, so versteht sich die Lebenszeit des Käufers; ist die Person, auf deren Leben die Rente dauern soll, nicht mehr da, so ist der Kontrakt wegen Mangels einer wesentlichen Bestimmung null[4]). 3. Der Preis muß in Gelde bestehen; sind Sachen ohne Werthsbestimmung, wodurch eine datio in solutum verabredet wird, versprochen, so ist das Geschäft ein unbenannter, völlig erlaubter Kontrakt über fortdauernde Prästationen[5]). Die Bestimmung des Preises ist lediglich dem Uebereinkommen der Parteien überlassen[5a]), daher der Preis auch weniger als der Kapitalsbetrag der Rente, nach dem üblichen Zinsfuß, betragen kann[6]), nur muß die Verabredung wahr und der Preis, wie bei jedem Kaufe, ernstlich gemeint sein[7]). II. Die Rente ist, wenn über die Termine keine Verabredung getroffen ist, jährlich voraus zu zahlen[8]); der erste Zahltag ist der Tag des Abschlusses; ist der Anfang auf das Ableben mehrerer Personen gesetzt, so ist der Todestag des Letztversterbenden der erste Zahlungstermin[9]). 1. Kaufen Mehrere auf ihre Lebenszeit für sich gemeinschaftlich eine Rente, so ist, abweichend von der Regel (§. 517), die Rente unter ihnen nach der Kopfzahl von selbst getheilt, und der Antheil eines Jeden erlischt für sich[10]). Ist die Rente auf die Lebenszeit mehrerer Verkäufer oder dritter Personen gestellt, so muß dieselbe an den

---

4) §§. 614, 617, 606 a. a. O.

5) §. 606 a. a. O. Daß der Erwerbspreis just nach einer Geldsumme bestimmt sein soll, liegt nicht in der Wesenheit des Geschäfts, sondern ist willkührliche (positive) Satzung. Vergl. Code civil, Art. 1986.

5a) Ueber die Berechnung: Moser, die Gesetze der Lebensdauer. Berlin, 1839. — Becker, über Rentenversicherungsanstalten. Berlin, 1842. — Littrow, Anleitung zur Berechnung der Lebensrenten rc. Wien, 1829.

6) §. 610 a. a. O. — K. O. v. 10. Juni 1835 (G. S. S. 100). War streitig. Recht der Ford. §. 335, Bd. III, S. 695.

7) Im andern Falle findet freilich nicht wegen einer enormen Verletzung der Rücktritt statt, wohl aber wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses, wenn der Preis so enorm hoch ist, daß der Kauf der Rente nur ein Vorwand der Zuwendung ist.

8) §. 649 a. a. O. Vergl. I, 16, §§. 61, 62.

9) I, 11, §§. 650, 618. Ist der Dritte verschollen und sein natürlicher Tod nicht zu erweisen, so wird die Vermuthung aus I, 1, §. 38 zur Anwendung kommen müssen; denn die Todeserklärung ist nur die dem Pr. R. eigenthümliche Form des Verfahrens, um den nächsten Verwandten in den Besitz des zurückgelassenen Vermögens zu setzen.

10) §§. 615, 616 a. a. O. Gilt als Regel bei Alimenten überhaupt. Siehe auch rheinisches Archiv. Bd. XXI, S. 127.

Käufer und dessen Erben so lange, bis der Letzte von Jenen verstorben ist, ganz gezahlt werden [11]). Sind in diesem Falle mehrere gemeinschaftliche Käufer, so geht der Theil der Sterbenden nicht auf deren Erben sondern auf die übrigen Rentenkäufer über (Tontine), wenn nicht das Gegentheil verabredet ist. 3. Der Verkäufer hat für Vorsatz, grobes und mäßiges Versehen zu haften und es gilt hinsichtlich der Entschädigung des Käufers die Regel, daß, wenn der Verkäufer die Erlöschung der Rente vorsätzlich oder aus Versehen (durch Tödtung der bestimmten Person) verursacht, das ganze Kaufgeld zurückgezahlt werden muß, mit der Modifikation, daß, wenn diese Person der Verkäufer selbst ist, der durch Selbstmord oder Hinrichtung um sein Leben kommt, auf den zurückzuzahlenden Kaufpreis, nach der Staffelrechnung, Alles abgerechnet wird, was mehr als landübliche Zinsen an Renten gezahlt worden ist [12]). 4. Hat der Käufer durch seine Schuld den Eintritt einer beigefügten auflösenden Bedingung verursacht, so muß er als Interesse dem Verkäufer soviel mit Zinsen zahlen, wie die Summe beträgt, um welche die gezogenen Renten den Kaufpreis übersteigen, wenn man den Mehrbetrag der Rente in Vergleich zu landüblichen Zinsen des Kapitals jährlich auf den gezahlten Preis abrechnet [13]). III. Die Leibrente erlischt: 1. durch den Tod der bestimmten Person [14]); 2. durch 30jährige Verjährung von dem Verfalltage der zuletzt unbezahlt gebliebenen Rente angerechnet [15]); die einzelnen Hebungen verjähren in vier Jahren [16]), nur die aus den letzten drei Jahren erlöschen mit dem Rechte zugleich; 3. durch Aufhebung des Vertrags, welche eintritt: a) von selbst durch Eintritt der beigefügten Resolutivbedingung, in welchem Falle von dem Kaufgelde das, was nach Abzug der über den Belauf der landüblichen Zinsen gezahlten Rente nach einer Staffelrechnung übrig bleibt, zurückzugeben ist [17]); b) durch Rück-

---

11) §. 617 a. a. O. Ist das Prinzip des §. 618 d. T. (Note 9) in Anwendung auf den umgekehrten Fall.

12) §§. 621—630, 632 a. a. O. Der §. 628 fällt weg, da er durch §. 629 wieder aufgehoben ist. Recht der Ford. §. 636, Bd. III, S. 701.

13) §§. 633, 634 a. a. O. Ist z. B. für den Preis von 1000 eine Leibrente von 80 gekauft und gezahlt, so werden das erste Jahr 30, das zweite Jahr 31½, das dritte Jahr 33½ u. s. w. abgerechnet.

14) §§. 618—620 a. a. O.

15) I, 9, §§. 509, 510, 546. Ist bekanntlich die Meinung des Bulgarus.

16) Ges. v. 31. März 1838, §. 2, Nr. 5 (G. S. S. 249).

17) I, 11, §§. 631, 627—630. Vergl. die Note 13.

tritt des Käufers, welcher zulässig ist: α) wegen nachgeborner oder wiedergefundener verloren geglaubter Nachkommen, in welchem Falle jedoch alle bereits gezahlten Renten schlechthin auf das zurückzuzahlende Kaufgeld angerechnet werden[18]); β) wegen durch und für drei Jahre hinter einander ausgebliebener Zahlung der Rente, wo der Verkäufer das ganze Kaufgeld ohne Abzug, mit Zinsen vom Verfalltage des ältesten Rentenrückstandes, zurückzahlen muß[19]); c) durch Rücktritt des Verkäufers, wenn ein Gläubiger des Käufers gegen das Geschäft rechtzeitig protestirt, in welchem Falle auf das zurückzuzahlende Kaufgeld gleichfalls Alles, was an Rente gezahlt worden, abgerechnet werden darf[20]); 4. durch Widerruf von Seiten der Gläubiger des Käufers: a) wenn die Erfordernisse der actio **Pauliana** vorhanden sind (§§. 589, 590); b) wenn außerdem innerhalb eines Jahres nach Abschluß des Kontrakts dagegen protestirt worden und zur Befriedigung des protestirenden Gläubigers kein anderes Mittel vorhanden ist[21]). 5. Nach dem Tode des Käufers steht noch den Pflichttheilserben eine Rückforderung des Kaufpreises, soweit es nicht durch den Mehrbetrag der gezahlten Renten über den Belauf der landüblichen Zinsen aufgegangen ist, wenn der Nachlaß nicht die Hälfte dieses Kaufgelderrestes beträgt, und soweit derselbe diese Hälfte übersteigt, zu[22]).

§. 687.

b) Aehnliche Rentenkontrakte.

Dem Leibrentenkontrakte ähnlich sind: 1. der s. g. Vitalizien- oder Alimentenkontrakt, wodurch der Verkäufer die Ernährung und Verpflegung des Käufers auf dessen Lebenszeit gegen Empfang des ganzen dermaligen Vermögens desselben übernimmt. Er unterscheidet sich von dem Leibrentenkontrakte durch die Vermischung

---

18) §§. 635, 1140, 1142—1150, 636 a. a. O.

19) §§. 647, 648 das. Der Rentenrückstand kann dann nicht eingefordert werden.

20) §. 643 das. Statt des Rücktritts kann er sich durch Deponirung eines verhältnißmäßigen Theils der Rente sichern. §. 644 d. T.

21) §§. 640—642, 645 a. a. O. Die Renten können von jedem Gläubiger als Befriedigungsmittel verwendet werden. §. 646 das.

22) §§. 637—639 a. a. O. — Vergl. o. §. 610, II, 4.

verschiedenartiger Leistungen auf beiden Seiten. Die Uebertragung des Vermögens des Käufers auf den Verkäufer versteht sich nur nach Abzug der darauf haftenden Schulden[1]) und der Verkäufer muß, da die Schulden bei einem Inbegriffe von Sachen und Rechten, obligationes rei sind[2]), dieselben bezahlen, kann auch von den Gläubigern darauf unmittelbar belangt werden[3]). 2. Die Tontinen[4]), d. i. ein eigentlicher Leibrentenkontrakt, durch welchen Mehrere für sich gemeinschaftlich eine Rente kaufen, wovon der Antheil des Ablebenden den Uebrigen zuwächst (§. 686, II, 1). 3. Die Annuitäten, d. i. der Kauf einer solchen Geldrente, welche nur eine gewisse Zahl von Jahren dauert. 4. Gesellschaften, welche ihren Mitgliedern Renten oder Kapitalien zur Versorgung oder Unterstützung auf gewisse Fälle zusichern. Dergleichen Versicherungs- und Versorgungsgesellschaften[5]) dürfen nur mit Genehmigung der Staatsbehörde begründet werden[6]).

§. 688.

c) Gutsabtretungs- und Altentheils-Vertrag.

A. R. L. I, 11, §§. 602—605. — I, 18, §. 717. — Bielitz, Darstellung der Rechtsverhältnisse beim Auszuge oder Altentheile, besonders nach preuß.

---

1) Anh. z. A. L. R. §. 19 (zu I, 11, §. 646). Entsch. der Ges.-Kommiss. u. Reskr. v. 11. Januar 1796 (Rabe, Bd. III, S. 231; Stengel, Bd. II, S. 280).

2) Deswegen ist noch nicht eine Universalsuccession in das Vermögen eines Lebenden anzunehmen, vielmehr ist es eine Singularsuccession in eine universitas juris, wie bei einem Erbschaftskaufe, daher die in dem Inbegriffe befindlichen Schulden nicht auf die Person des Uebernehmers übergehen; er haftet nur als Besitzer der Masse. Vergl. m. Beurtheilung der Entsch. des O. Tr., S. 478 ff. Der III. Senat des O. Tr. hat auch in der Entsch. vom 20. Oktober 1848, in Sachen Blömecke c. Blömeke, $^{504}/_{2020}$ III, 48 (Pr. 2060) angenommen, daß die in dem §. 19 des Anh. ausgesprochene Verbindlichkeit des Uebernehmers, für die Schulden des Uebertragenden nach Höhe des überlassenen Vermögens aufkommen zu müssen, nicht auf solche Verpflichtungen, welche durch Zahlung im eigentlichen Sinne zu lösen sind, einzuschränken, vielmehr, nach der bei jeder Succession in eine Universitas geltenden Regel, auf die Erfüllung jeglicher Art von Obligationen, soweit solche nicht lediglich an die Person gebunden sind, auszudehnen ist. In Erwägung dessen verurtheilte der Senat den Uebernehmer, einen von dem Uebertragenden geschlossenen Kaufkontrakt über ein Grundstück durch Uebergabe zu vollziehen.

3) Entsch. des O. Tr. Bd. VII, S. 67; Ullrich, Arch. Bd. IV, S. 501.

4) Nach dem Erfinder Lorenzo Tonti genannt.

5) Littrow, über Lebensversicherungen und Versorgungsanstalten. Wien, 1832. — Hohler, Abh. in Wagner's Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 8. H. (1825) S. 255 flg. u. 9. H. (1829) S. 97 flg.

6) I, 11, §. 651. K. O. v. 29. Septbr. 1833 (G. S. S. 121).

Rechten. Leipzig, 1838. — Puchta, über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung überhaupt und mit Altentheilsbestellung besonders. Giessen, 1837. — Pfeiffer, von den durch die rechtliche Gutsabtretung (Güter-Ansatz) begründeten Rechten und Verbindlichkeiten, insonderheit von dem elterlichen Auszuge oder der Leibzucht, nach gemeinrechtlichem und churhessischem Rechte; in den praktischen Ausführungen, Bd. IV, (1834) S. 119 ff. u. 416 flg. — Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauergütern. Oldenburg, 1805.

Der Gutsabtretungs- und der Altentheilsvertrag verhalten sich so zu einander, daß der Erstere stets ohne den Letztern, Dieser aber nur als Nebenvertrag bei Jenem vorkommen kann. I. Die rechtliche Gutsabtretung ist ein Vertrag unter Lebendigen, wodurch der Besitzer einer ländlichen Stelle mit bäuerlichen Lasten, mit Rücksicht auf das Erbrecht des Uebernehmers, abtritt, ohne daß es von Einfluß auf die rechtliche Natur des Geschäfts ist: ob der Abdankende sich oder andern künftigen Erben einen Theil des Werths vorbehält oder nicht, und von welcher Art der Vorbehalt ist [1]). Die Gegenleistung besteht, außer dem Nachfolgerecht, in der Abnahme der persönlichen Beschwerden des Wirths. Das Wesen des Geschäfts schließt den Vorkauf und den Retrakt [2]) aus; die Anfechtung wegen enormer Verletzung ist an sich nicht unstatthaft. II. Auszug oder Altentheil heißen die vorbehaltenen Nutzungsrechte und Leistungen, welche der abgehende Wirth einer bäuerlichen Stelle sich zu seinem und der Seinigen Unterhalte bei der Gutsüberlassung ausbedingt. Das A. L. R. nennt so **diejenigen Vortheile, welche der Uebernehmer einer Rustikalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung lebenslang anweiset**, und verordnete die gerichtliche Regulirung, um die Ueberlastung der Stelle zu verhüten [3]); diese

1) Schles. Arch. Bd. I, S. 54, u. Bd. IV, S. 293 flg.

2) I, 20, §§. 581, 584.

3) I, 11, §§. 602–604. — Ges. v. 11. Juli 1845 §. 1 (G. S. S. 495). — Die Notarien waren zur Aufnahme eines solchen Vertrags nicht kompetent, wenngleich zur Verbindlichmachung der Parteien, abgesehen von den einzelnen, von dem Richter zu moderirenden Leistungen an Auszug, die schriftliche Form genügte. Recht der Ford. §. 339. Für diese Meinung hatte sich auch das O. Tr. entschieden. Präj. v. 28. Januar 1842 (Jur. Wochenschr. 1843, S. 404). Ein notarieller Altentheilsvertrag hatte nicht mehr Kraft als ein außergerichtlicher. II, 17, §. 59. In Folge des Ges. v. 11. Juli 1845 haben nunmehr die bereits in notarieller Form, auch von schreibensunkundigen Personen, geschlossenen Verträge dieser Art vollkommene Gültigkeit. S. o. §. 116 a. E., Bd. I, S. 252. Auf bäuerliche Grundstücke, welche freies Eigenthum waren, fand die gerichtliche Regulirung und Verschreibung eines solchen Altentheils überhaupt keine Anwendung. Pr. 427, v. 16. Februar 1838.

Mitwirkung der Gerichte ist aber, weil sie sowie die Begriffsbestimmung nur auf nicht eigenthümliche Besitzverhältnisse paßt und bei freiem Eigenthume ganz zweck- und bedeutungslos ist, in neuester Zeit aufgehoben und es genügt zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form(³). 1. Der Auszug als Ganzes ist weder eine Reallast (§. 351), noch ein anderes dingliches Recht, vielmehr ein Forderungsrecht, welches durch Hypothek gesichert werden muß, wenn es gegen Dritte wirksam sein soll; aber es sind meistentheils unter den einzelnen Vorbehalten auch dingliche Rechte, namentlich Wohnungsrecht[4]) und Nießbrauch, die ihre eigenthümliche Geltung haben. 2. Er hat im Allgemeinen die Natur einer Leibrente und ist daher vom Tage des Vertrages voraus zu entrichten[5]), auch, wenn er für Eheleute ausbedungen, insoweit die Gegenstände theilbar sind, dergestalt getheilt, daß die Hälfte mit dem Tode des Einen wegfällt[6]). Der Vertrag nimmt die Natur eines Vertrags über Handlungen an, wenn neben den übrigen Verpflichtungen des Uebernehmers zu Zahlungen, Gewährungen u. s. w. z. B. auch dessen Verpflichtung ausgesprochen ist, den Ueberlasser stets anständig zu behandeln und mit kindlicher Liebe zu verpflegen[7]). 3. Zu den Gutslasten trägt der Auszüger nicht bei, wohl aber hat er die auf den Früchten ruhenden Lasten, welche bei der Erndte davon zu entrichten sind, wie Zehnten, von den ihm zur Nutznießung vorbehaltenen Grundstücken zu tragen; ob er auch die übrigen Lasten von zum Nießbrauche behaltenen Grundstücken tragen muß, hangt hauptsächlich von den Umständen, z. E. ob das Grundstück besonders belastet oder nur ein Bestandtheil von dem Hauptgute ist, und von der Absicht der Parteien ab[8]). 4. Der Altsitzer, welcher eine anderweitige Ehe eingeht, ist berechtigt, seine Ehefrau und demnächst die mit ihr erzeugten Kinder in den Altensitz aufzu-

---

4) Ueber die Frage: ob der Wirth ein abgebranntes Auszugshaus wieder aufbauen muß, s. Schles. Archiv, Bd. V, S. 371 flg. Meine dort ausgeführte Ansicht ist angenommen bei der Entsch. des O. Tr. v. 5. Juni 1847 (Rechtsfälle I, S. 205).

5) Simon's Rechtsspr. Bd. I, S. 346.

6) S. o. §. 686, II, 1; u. Präj. des O. Tr. 618, v. 1. Februar 1839.

7) Es findet deshalb dann der Rücktritt, nach §. 408, I, 5 A. L. R. statt. Angenommen im III. Senate des O. Tr., am 3. Oktbr. 1848, in Sachen Hüsemann c. Hüsemann, ²³⁹⁄₁₅, III, 48. (Pr. 2066.)

8) Ueber den Beitrag der Leibzüchter zu den öffentlichen Lasten: Overbeck, Meditationen, Bd. VIII, S. 43. — Runde, Leibzucht, S. 478.

nehmen, sofern ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seinem Unterhalte besondere Prästationen oder Ländereien überwiesen worden [9]). — Künftig wird diese Vertragsspezies ganz wegfallen, wenn die Ablösung der Reallasten durchgeführt sein wird.

§. 689.

d) Unbestimmte Verträge über jährliche Leistungen.

Verträge über jährliche, auf den Unterhalt eines Menschen berechnete, Leistungen, welche nicht die Kennzeichen eines Leibrentenkontrakts oder Auszugs haben, sind: 1. Wenn für eine Leibrente ein Grundstück ohne Werthsbestimmung gegeben wird; oder wenn die für eine Geldsumme gekaufte Leibrente aus verschiedenartigen Leistungen besteht; oder wenn Besitzer von adligen oder sonst freien Grundstücken neben dem Kaufgelde noch Nutzungen oder Leistungen zu ihrem Unterhalte vorbedingen [10]). 2. Wenn einer Ehefrau für den Wittwenstand Reichnisse zu ihrem Unterhalte von einem Andern als dem Manne zugesichert werden. Diese Rente, welche uneigentlich Witthum genannt wird [11]), erlischt ohne wieder aufzuleben durch anderweite Verheirathung, wenn sie umsonst zugesichert worden war, andernfalls muß sie wieder gereicht werden, wenn die Frau ohne ihr Verschulden wieder in den Wittwenstand tritt, oder geschieden wird [12]).

§. 690.

IV. Der Verlagskontrakt.

A. L. R. I, 11, §§. 996—1036. Gesetz v. 11. Juni 1837 (G. S. S. 165). — Penzenkuffer, über das Rechtsverhältniß zwischen Schriftsteller und Verleger. Nürnberg, 1823. — Duprée, Beiträge zur Revision der Theorie des Pacht- und Buchhandel-Kontrakts. Landshut, 1810. — Kramer, die Rechte der Schriftsteller und Verleger. Heidelberg, 1827.

Verlagskontrakt heißt der Vertrag, wodurch das Verlagsrecht (§. 407, Bd. I, S. 727) von dem ursprünglichen Er-

---

9) I, 19, §§. 22, 27. Pr. 519, v. 25. Mai 1838. (Entsch. IV, S. 23).

10) §§. 595, 596 d. T. Dieser Vertrag ist das Genus.

11) §. 598 a. a. O. Vergl. II, 1, §. 458 u. unten §. 841, II, 2.

12) I, 11, §§. 598—601. Der Satz ist von dem eigentlichen Witthum entlehnt und gilt daher auch von ihm selbst. Vergl. II, 1, §§. 766, 767, 784, u. unten §. 841, II, 2. — Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 232.

werber veräußert wird[1]). Er hat nicht in allen Fällen dieselbe rechtliche Natur: veräußert der Verfasser sein Erzeugniß ohne vorherige Bestellung, so gehört das Geschäft zu den kaufsähnlichen Verträgen; arbeitet er auf Bestellung, so ist das Abkommen eine Verdingung (Miethe), welche entweder mit dem Verlagskontrakte vermischt, oder reine Dienstmiethe ist, je nachdem der Verfasser nach eigener Idee arbeitet oder nur den Plan des Bestellers ausführt[2]). I. Die Erforderniße des Vertrags sind: 1. Bezeichnung des Gegenstandes des Verlagsrechts. 2. Bestimmung: was der Verleger dem Verfasser für die Ueberlassung oder umgekehrt der Verfasser dem Verleger für die Uebernahme des Verlagsrechts leisten soll; denn es ist nicht wesentlich, daß die Leistung des Verlegers auch eine Zahlung an den Verfasser enthalte. 3. Die schriftliche Form. Ist in Folge mündlich geschlossenen Vertrags die Handschrift ꝛc. übergeben, und davon Gebrauch gemacht, so gilt der Vertrag als Realkontrakt, hinsichtlich des Honorars, nach der getroffenen Abrede[3]). II. Der Verfasser hat das Werk zur gehörigen Zeit abzuliefern, sonst steht es in der Wahl des Verlegers, zurücktreten und wegen der Vorkehrungen Kostenersatz zu fordern, oder stehen zu bleiben und bei ausbleibender Erfüllung Seitens des Verfassers sein Interesse zu fordern[4]). 1. Ist die Ablieferungszeit nicht bestimmt, so muß die Ablieferung so zeitig geschehen, daß die Druckschrift noch auf die nächste Leipziger Messe gebracht werden kann; geht Das wegen Kürze der Zeit oder nach dem Umfange des Werks nicht an, so bestimmt der Verfasser die Zeit der Ablieferung; thut er Das auf Verlangen nicht, so kann der Verleger zurücktreten; ist die bestimmte Zeit dem Verleger zu lang, so muß der Richter Bestimmung treffen[5]). 2. Der Verfasser kann einseitig von dem Vertrage zurücktreten, wenn er erklärt, daß er das Werk nicht herausgeben wolle. In diesem Falle muß er den Verleger wegen der Kosten für die bereits ge-

---

1) I, 11, §. 998. Ges. v. 11. Juni 1837, §. 9.

2) A. L. R. §§. 1021, 1022 a. a. O. Auch der Sozietätskontrakt kann dem Verlagsvertrage beigemischt sein.

3) §. 998 d. T. In allen übrigen Stücken kommen die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung. §. 999 a. a. O.

4) §§. 1000, 1001 a. a. O. Das Interesse ist schwer zu schätzen und nachzuweisen; möglich, daß der Verleger durch das Unterbleiben des Unternehmens sogar Vortheil hat.

5) §§. 1002—1004. — I, 5, §§. 230, 231.

troffenen Anstalten entschädigen, und wenn er binnen Jahresfrist dasselbe Werk, ohne Einwilligung des Andern, anderswo in Verlag oder auf eigene Rechnung herausgiebt, auch den entgangenen Gewinn ersetzen[6]). 3. Veränderungen in dem Umfange oder in der Einrichtung des Werks darf er ohne Genehmigung des Verlegers nicht vornehmen; geschieht es vor angefangenem Drucke, so kann der Verleger abgehen; geschieht es nachher, so muß der Verfasser auch den daraus entstehenden Nachtheil ersetzen, wobei der Verleger die Wahl hat: abzugehen oder stehen zu bleiben[7]). 4. Bevor der Verleger die Auflage nicht abgesetzt hat, darf der Verfasser nichts unternehmen, wodurch der Verkauf verhindert oder erschwert wird; jedoch ist er nicht verhindert, ein wesentlich ganz anderes Werk herauszugeben, wennschon dadurch das bereits Verlegte an Werth verlieren sollte[8]). III. Der Verleger muß das versprochene Honorar zur bestimmten Zeit, oder gegen Ablieferung des Manuskripts, des Modells oder der Zeichnung, oder, wenn nach Bogenzahl abgeschlossen ist, nach Vollendung des ununterbrochen fortzusetzenden Drucks zahlen; das Verlagsrecht wirklich ausüben und das Werk zum Verkauf ausbieten, weil der Verfasser dabei mit interessirt; und darf die Auflage nicht stärker machen als der Verfasser bewilligt hat; ist darüber nichts verabredet, so ist er darin unbeschränkt und sogar befugt, neue Auflagen zu machen[9]). Es steht jedoch auch dem Verfasser frei, nach Verkauf der ersten Auflage eine neue Ausgabe, d. h. einen Abdruck mit Veränderungen im Inhalte oder im Formate, zu veranstalten[10]). Ist die Stärke der ersten Auflage bestimmt, so darf der Verleger nur mit Einwilligung des Verfassers eine neue Auflage veranstalten; erfolgt dieselbe und ist eine Vereinigung über das Honorar nicht zu Stande gekommen, so giebt die Hälfte des für die erste Auflage gegebenen Honorars den Maßstab[11]). Veranstaltet der Verfasser eine neue Ausgabe und ist dem Ver-

---

6) I, 11, §§. 1006, 1007. Ein solcher Gewinn ist erst nach Verkauf der Auflage nachzuweisen.

7) §§. 1008, 1009 a. a. O. Der Umfang ist vor Vollendung des Werks nicht genau zu bestimmen.

8) §§. 1018, 1019 das. Dadurch kann es zu Makulatur gemacht werden.

9) §. 1013 a. a. O. Kann durch den Verfasser leicht vereitelt werden.

10) §§. 1011, 1012, 1016, 1017 das.

11) §§. 1014, 1015 a. a. O. Untheilbare Vortheile müssen ganz gewährt werden.

leger nicht in dem Verlagskontrakte zugleich das Verlagsrecht von allen folgenden Ausgaben zugesichert: so kann der Verfasser das Verlagsrecht davon geben wem er will [12]). IV. Außer der Uebertragung von Seiten des ursprünglichen Erwerbers erwirbt man das Verlagsrecht an der veranstalteten Ausgabe eines Werks dadurch, daß man ein Werk, welches anonym, pseudonym oder posthum herausgegeben ist oder von juristischen Personen herrührt, dreißig Jahre nach seinem Erscheinen, und ein von einem genannten Verfasser herrührendes Werk dreißig Jahre nach dem Tode des Urhebers [13]), vorausgesetzt, daß sonst Niemand noch ein Verlagsrecht daran hat, drucken läßt. Dadurch werden jedoch Andere nicht verhindert, von dem zum Gemeingute gewordenen Werke andere Ausgaben zu veranstalten [14]).

V. Der Versicherungsvertrag.

A. L. R. II, 8, §§. 1934—2358. — Otto, de contractu assec. Gott. 1788. — E. A. Masius, Lehre der Versicherung und statistische Nachweisung aller Versicherungs-Anstalten in Deutschland. Nebst Beweisführung des hohen Einflusses dieser Institute auf Nationalwohlstand und Gesetzgebung darüber. Kritisch bearbeitet. Leipzig, 1845.

§. 691.

1) Begriff, Eintheilung und Geschichtliches.

I. Unter Versicherung, Assekuranz, versteht man einen Vertrag, wodurch der Eine (Assekurateur) gegen eine in Gelde oder in andern Vortheilen bestimmte Vergeltung (Prämie) verspricht, den Schaden zu ersetzen, der den Andern (Assekurirten) aus einer bestimmten Gefahr treffen sollte [1]). II. Man unterscheidet die Assekuranz auf Prämie und die gegenseitige Versicherung. Bei

---

12) §. 1017 das. Ist die erste Auflage noch nicht vergriffen, so muß der Verfasser die noch vorhandenen Exemplare für den Buchhändlerpreis nehmen. §. 1019 d. T.

13) So lange ist das Verlagsrecht den Erben des Verfassers nach dessen Tode zugesichert. Ges. v. 11. Juni 1837, §. 6. Verordn. v. 5. Juli 1844 (G. S. S. 61). Publ. Pat. über den Beschl. der deutschen Bundes-Versamml. v. 19. Juni 1845, wegen Erweiterung des Schutzes für Werke der Literatur und Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung, v. 16. Jan. 1846, Nr. 1 u. 2 (G. S. S. 149),

14) A. L. R. §§. 1031, 1032 a. a. O.; — Falk, Eranien, H. 3, S. 60.

1) A. L. R. a. a. O. §§. 1934, 1935, 2107.

der Letztern besteht eine Gesellschaft zum Zweck der gemeinschaftlichen Tragung des den Einzelnen treffenden Schadens. Dabei sind Alle Versicherer und Versicherte zugleich. Wichtiger ist die zweite Art der Versicherung (auf Prämie), wo beide Parteien getrennt sind. Damit der Versicherer dabei gesichert werde, muß er mit Vielen dergleichen Verträge schließen; auch ist die Bildung von Versicherungsgesellschaften für Versicherungen auf Prämie üblich. Eine andere Eintheilung nach der Art der Gefahren ist die in See- und in Land-Assekuranz. III. Die Römer kannten diesen Vertrag als ein besonderes Institut nicht, ihr foenus nauticum war etwas Anderes [2]). Die erste Spur findet sich erst im Mittelalter; 1310 findet sich in Brügge in Flandern ein Assekuranz-Komptoir [3]). Das älteste bekannte Gesetz, welches sich auf Assekuranzen bezieht, ist das Statut von Barzelona von 1433 [4]). Das Institut hat sich hauptsächlich durch Gewohnheit gebildet; erst in neuerer Zeit ist die Gesetzgebung dabei thätig gewesen, durch eine Menge besonderer Gesetze und Ordnungen für einzelne Städte. In Deutschland ist die wichtigste die Hamburger Assekuranzordnung von 1731; dann die für Bremen von 1818. In Preußen erschien unterm 18. Februar 1766 eine Assekuranz- und Haverie-Ordnung, welche den neuen Bestimmungen des A. L. R zum Grunde liegt.

2) See- und Strom-Assekuranz.

Benecke, System des Assekuranz- und Bodmerey-Wesens. 5 Bde. Hamburg, 1805—1821. — Büsch, allgemeine Uebersicht des Assekuranzwesens, Hamburg, 1785. — Buchholz, Abh. über merkwürdige Gegenstände der Lehre von der Assekuranz und Bodmerey. Lübeck, 1809. — Benecke, Treatise on the principles of indemnity in marine insurance, bottomry and respondentia. London 1824. Ins Franz. übersetzt mit Noten, par Dubernad. 2 Vol. Paris 1826.

§. 692.

a) Eingehung des Verhältnisses.

Dabei kommt die Person der Parteien, der Gegenstand und

---

2) L. 63, 129 D. de verb. obl. — Hugo, civil. Mag. Bd. II, Nr. 5.

3) Martens, Handelsrecht, §. 202.

4) Hallam, geschichtliche Darstellung des Zustandes von Europa. Bd. II, S. 603.

die Form in Betracht. I. Hinsichtlich der Person des Versicherers ist Regel: Jeder ist zur Zeichnung von Versicherungen befugt, welcher über das Seinige verfügen kann. Ausnahmsweise verboten ist es: Mäklern, Schiffsklarirern, öffentlich bestellten Dispacheurs, Schadentaratoren, den Richtern in Assekuranzstreitigkeiten, Vorstehern und Bedienten der Bank und der Assekuranzkompagnie, den Beamten öffentlicher Kassen, und den Zoll- und Steuerbeamten [1]). Folge der Uebertretung ist für den Versicherer eine fiskalische Strafe, Dienstentsetzung und Nichtigkeit des Vertrags hinsichtlich seines Vortheils, wogegen der Vertrag zu seinem Schaden gültig ist, wenn der Versicherte ohne sein Verschulden die Eigenschaft des Andern nicht kannte [2]). Selten geben einzelne Privatpersonen Versicherungen; gewöhnlich bilden sich dazu Gesellschaften (Kompagnieen). Werden sie vom Staate bestätigt, so erhalten sie Statuten und sind juristische Personen, welche unter Autorität des Staats ihre Geschäfte treiben [3]). II. Versicherung kann in der Regel Jeder für eigene Rechnung nehmen; untersagt ist es den Mäklern und Schiffsklarirern bezüglich auf Schiffe, Schiffsparten, Kaufmannsgüter und Waaren, sowie den Schiffern und Schiffsleuten, hinsichtlich ihrer Heuer, bei Vermeidung einer öffentlichen Strafe und Verlust ihres Rechts und der Prämie [4]). Häufig wird die Versicherung durch einen Dritten genommen, und die Kaufleute pflegen ihre Korrespondenten damit zu beauftragen, entweder durch einen allgemeinen oder durch einen besondern Auftrag [5]). Fast eben so oft aber kommt es vor, daß ohne Auftrag durch Dritte versichert wird. Eine solche Geschäftsführung wird nach den allgemeinen Regeln durch Ratihabition gültig, welche stillschweigend angenommen wird, wenn der Versicherte nicht auf die davon erhaltene Nachricht binnen der zur Acceptation bei Verträgen bestimmten Zeit gerichtlich protestirt. Allein diese Genehmigung muß vor Ausgang der

---

1) §§. 1938, 1939 a. a. O. In einigen Ländern finden dergleichen Einschränkungen gar nicht statt.

2) §§. 1940, 1941 a. a. O.

3) §. 1944 das. S. o. §. 687 Note 6. Eine solche ist die Seeassekuranz-Gesellschaft zu Stettin. Statut v. 12. März 1825 (G. S. S. 41); K. O. v. 7. Nov. 1826 (G. S. S. 109); K. O. v. 12. Mai 1830 (G. S. S. 114); K. O. v. 17. Dez. 1831 (G. S. 1832 S. 6).

4) §§. 1936, 1937 a. a. O. Grund ist die Besorgniß von Unachtsamkeit und Entweichung.

5) Für die Besorgung der Assekuranz pflegen die Kommissionaire eine Provision von ⅓ Prozent zu erhalten.

Sache erfolgen, sonst ist der Vertrag null und die Prämie verfallen [6]). Dieses setzt voraus, daß die Versicherung auf den Namen des Geschäftsherrn geschlossen ist. Gewöhnlich aber wird derselbe nicht genannt; der Geschäftsführer kontrahirt für sich und bedient sich dabei solcher Formeln, die es unentschieden lassen: wer der Versicherte sei [7]). In diesem Falle besteht der Kontrakt, wenn auch der Geschäftsherr die Versicherung nicht zu der seinigen macht. III. Hinsichtlich des Gegenstandes gelten folgende Regeln: 1. Der Gegenstand muß ein solcher sein, an dem der Versicherte ein Interesse hat; der Versicherte muß einen wirklichen Schaden leiden, wenn der Zufall, gegen den er sich sichern will, eintritt [8]), sonst würde das Geschäft eine Wettassekuranz sein, die verboten ist; doch ist es nicht nöthig, daß der Versicherte Eigenthümer des Gegenstandes sei, wie z. E. der Pfandgläubiger. 2. Die Versicherung darf sich nur auf den Betrag des wirklichen Interesses belaufen, weil dieses Geschäft nur zur Sicherung gegen Verlust, nicht auf Gewinn erlaubt ist; doch ist die Versicherung auf gehofften oder s. g. imaginairen Gewinn bei Waaren zuläßig, wenn der Gegenstand, von welchem der Gewinn gehofft wird, bestimmt angegeben und in dem Vertrage ausgedrückt ist, daß dieser Gewinn versichert sein solle [9]). 3. Der Gegenstand muß nach Gelde schätzbar sein [10]). 4. Der Gegenstand darf nicht verboten sein [11]). 5. Kein Gegenstand darf doppelt versichert werden, ausgenommen: a) wenn eine Sache wegen verschiedener Gefahren versichert wird; b) wenn der Versicherte gegen die Zahlungsunfähigkeit des Versicherers bei einem Andern Versicherung nimmt [12]); c) wenn Rückversicherung genommen wird, d. h. wenn der Versicherer die im vorausgesetzten Falle zu zahlende Summe sich anderweit versichern läßt [13]). 6. Gewöhnliche erlaubte Ge-

---

6) §§. 1945—1947, 1951 a. a. O.

7) Z. E. für fremde Rechnung; oder für den, den es angeht. §§. 2070 bis 2072 a. a. O.

8) §§. 1952, 1953, 1983, 1973, 1991, 1994 a. a. O.

9) §§. 1983, 1984, 1985, 1992 a. a. O. Manche Gesetze verbieten auch die Versicherungen auf diese Art von Gewinn. Code de commerce. Art. 347.

10) §. 1984 a. a. O. Bei Lebensversicherungen wird der Schade, welcher den Hinterbliebenen durch den Tod entsteht, als Gegenstand angesehen.

11) Z. E. Kontrebande. §§. 1953—1967 a. a. O.

12) §§. 1999, 2000—2012 das. Theilweise Versicherung bei Verschiedenen ist erlaubt.

13) §§. 2016—2023 a. a. O. Hier und im Falle b ist der Gegenstand ein anderer.

genstände sind: a) Waaren aller Art, sowohl ganze Ladungen, als einzelne Stücke, und zwar auf Höhe ihres ganzen Werthes, also mit Hinzurechnung aller Kosten zu dem Einkaufspreise und selbst des davon erwarteten Gewinnes [14]. b) Die Frachtgelder [15]. c) Das Schiff. (Versicherung auf das Kasko, d. h. Schiffskörper). Außer dem Werthe des Schiffs werden auch die Ausrüstungskosten gerechnet, im Falle die Fracht, welche erworben sein würde, wenn das Schiff glücklich angekommen wäre, nicht schon besonders versichert worden [16]. d) Bodmereigelder, auf deren Belauf nebst kaufmännischen Zinsen und Prämie der Bodmereigeber Versicherung nehmen darf [17]. e) Die Assekuranz-Prämie selbst, dadurch, daß deren Belauf dem Werthe des versicherten Gegenstandes zugerechnet wird [18], d. h. der Gegenstand darf so hoch versichert werden, daß nach Abzug der Prämie, wovon jedoch wieder Zinsen zu Gute gerechnet werden, noch ihr wahrer Werth übrig bleibt [19]. f) Die Freiheit und g) das Leben eines Menschen [20]. IV. Der Vertrag muß nothwendig schriftlich abgeschlossen werden; ist keine von beiden Theilen vollzogene Urkunde vorhanden, so wird das Geschäft von Seiten des Versicherers durch Unterzeichnung des Versicherungsbriefes, Police genannt, und von Seiten des Versicherten durch Zahlung der Prämie für gültig vollzogen erachtet [21]. Die Police muß enthalten: 1. die

---

14) §§. 1987—1989, 1991—1996 das. Durch Versicherung des imaginairen Gewinnes kann es freilich kommen, daß gegen die Regel: der Versicherte soll nicht gewinnen, thatsächlich gefehlt wird. Deshalb bestimmen manche Gesetze gewisse Prozente, über welche der imaginaire Gewinn nicht versichert werden darf. In Hamburg z. B. 10 Prozent. Vergl. Note 9.

15) §. 1990 das. D. h. solche, die der Versicherte zu bezahlen hat, wenn die Waare nicht anlangt (pro rata itineris), und von Seiten der Rheder solche, welche gezahlt worden sein würde, wenn der Unfall nicht eingetreten wäre. §§. 1982, 1986 das.

16) Der Werth des Schiffs wird nach dem Zustande, in welchem es absegelt, geschätzt und die Ausrüstungskosten werden dazugeschlagen. §§. 1985, 1986 a. a. O. Nach manchen Gesetzen werden die Abnutzungskosten wieder abgezogen.

17) §. 1980 das. Auch der Inhaber des Bodmereibriefes kann sein Interesse versichern lassen. §§. 1995, 1996 a. a. O.

18) §§. 1980, 1985, 1989 a. a. O.

19) Man bedient sich dabei der Formel: A (Werth) mal 100, dividirt durch 100 weniger B (Prämie).

20) §§. 1975—1979, 1968—1974 das. S. o. Note 10.

21) §§. 2064—2068 das. — Police (von polliceri) heißt die Urkunde, weil sie in Form eines Versprechens des Versicherers ist.

Namen der Parteien; 2. die Bezeichnung des Gegenstandes der Versicherung. Werden Waaren versichert, so bezeichnet man sie gewöhnlich allgemein mit dem Namen „Kaufmannsgüter", sind sie aber an sich gefährlich oder leicht verderblich, wie Pulver, Schwefel, Salze u. dergl., so müssen sie nach ihrer Beschaffenheit und Menge genau angegeben werden. Zuweilen wird auch der Werth nach einer Taxe des Versicherten selbst in der Police angegeben[22]. 3. Den Namen des Schiffs und des Schiffers. Dieser Bestandtheil ist jedoch nicht wesentlich, denn er dient dazu, daß der Versicherer das Schiff und darnach die Gefahr kennen lerne; oft aber ist die Angabe unmöglich, weil der Versicherte selbst das Schiff noch nicht kennt, in welchem Falle es genügt, wenn der Versicherte die Anzeige nachträglich macht, sobald er Nachricht erhält[23]; ist jedoch der Name angegeben und dieser ganz unrichtig, so ist die Versicherung ungültig; Irrthum in Nebenbezeichnungen schaden nicht. 4. Bezeichnung der Gefahr, welche von dem Versicherer übernommen wird. 5. Bestimmung der Versicherungssumme durch Zahlen oder Bezugnahme auf den Werth ꝛc. 6. Die Bestimmung und beziehlich das Empfangsbekenntniß über die Prämie, deren Betrag ganz der Verabredung der Parteien überlassen ist. 7. Ort und Tag der Ausfertigung und Unterschrift des Versicherers so wie unter einem Wechsel[24].

§. 693.

b) Rechte und Pflichten der Parteien.

I. Der Versicherte ist schuldig: 1. vor Allem die Prämie zu entrichten. Die Zahlung muß, wenn nichts darüber verabredet ist, gegen Aushändigung der Police geschehen; sie wird aber im Verkehr häufig gestundet, indem die Kommissionaire, durch welche die Versicherungen gewöhnlich besorgt werden, mit den Versicherern in Rechnung zu stehen pflegen. Der Versicherer kann sich sowohl an den Kommissionair, welcher nicht auf den Namen des

---

22) 2087 a. a. O. Solche Policen nennt man taxirte, welchen die „offenen" Policen entgegengesetzt werden. §. 2244 das.

23) Die Folge der Unterlassung ist Zahlung der doppelten Prämie. §. 2083.

24) §§. 2069—2099 a. a. O. Häufig kommen auch noch Nebenbestimmungen vor, z. B. daß der Versicherte das Schiff unter Bedeckung abschicken wolle u. s. w. Dergleichen sind Bedingungen der Verbindlichkeit des Versicherers.

Auftraggebers Versicherung genommen hat, als auch an Diesen halten. Bei der gerichtlichen Einforderung der Prämie innerhalb der ersten 30 Tage nach der Zeichnung steht ihm die in der Police ertheilte Quittung nicht entgegen, klagt er später, so muß er den Gegenbeweis führen, wozu die Handlungsbücher, das Tagebuch des Mäklers und besonders der bisweilen ertheilte Gegenschein (Billet de Praeme) als Mittel dienen [1]). 2. Alle Umstände anzuzeigen, aus welchen der Versicherer die Gefahr beurtheilen kann [2]). Dazu gehört: a) daß kein Umstand verschwiegen werde, der dem Versicherer nicht eben so wie dem Versicherten bekannt sein kann und muß, namentlich kein besonderer, sich auf Schiff und Ladung beziehender Umstand, z. B.: ob die Waaren im Auslande der Konfiskation unterworfen sein können (einheimische Kontrebande fällt an sich weg); ob sie leicht verderblich oder feuergefährlich u. dergl. [3]); ferner, wenn die Versicherung nach der Abreise genommen wird, keine Nachrichten, die dem Versicherten über das schon abgesegelte Schiff bereits zugekommen sind [4]). Es gehört dazu auch: b) daß die angezeigten Umstände wahr sind oder doch wirklich eintreten. — Wird ein Umstand verschwiegen oder unrichtig angegeben, der auf den Entschluß des Versicherers hätte Einfluß haben können, was Sachkundige zu ermessen haben: so ist der Versicherer von aller Verbindlichkeit frei und die Prämie verfallen [5]); ist ein unrichtiger Umstand als Bedingung ausgedrückt, so ist der Vertrag unverbindlich, wenn auch der Umstand nicht von solcher Bedeutung sein sollte. 3. Von dem Eintritte ungünstiger Umstände während der Reise, und von dem des Unfalls, sobald er davon Nachricht erhält, bei Verlust seines Rechts dem Versicherer Anzeige zu machen und nach dessen Anweisung zu verfahren; sodann aber den durch den fraglichen Unfall entstandenen Schaden und sein Interesse an der Sache

---

1) §§. 2104—2116 a. a. O.

2) §§. 2024 u. flg. a. a. O. Dabei haftet der Versicherte für ein mäßiges Versehen. I, 11, §§. 539—545.

3) S. darüber die ausführlichen Vorschriften §§. 2024—2052 das.

4) Um sich in dieser Beziehung zu sichern, pflegt der Versicherer in der Police die Klausel beizufügen: auf schlimme oder gute Nachrichten. Vergl. §. 2208 das.

5) §§. 2026 ff. a. a. O. Wenn auch nur aus geringem Versehen. Arg. §§. 2028, 2029.

darzuthun[6]). II. Der Versicherer ist hauptsächlich den Schaden, welcher bei der übernommenen Gefahr an der versicherten Sache entstanden ist, zu vergüten verbunden. 1. Ist bei See- und Stromversicherungen die Art der Gefahr nicht bezeichnet, so begreift man unter der übernommenen Gefahr alle äußeren Unfälle, die sich während der Reise ereignen, nicht nur solche, die durch Wind und Wetter verursacht werden, sondern auch alle übrigen, als: Feuersnoth, An- und Uebersegeln, Repressalien, Embargo, Kaperei und Seeräuberei, Diebstahl und dergleichen. Gleichgültig ist dabei: ob die Entstehung der Unfälle in einer höhern Gewalt oder in der Schuld eines Dritten liegt, selbst wenn die eigenen Leute des Versicherten an dem Schaden schuld sind (baraterie)[7]), wenn nur der Versicherte kein grobes Versehen bei der Auswahl begangen hat. Dagegen haftet der Versicherer nicht für den durch den ordentlichen Gebrauch entstehenden Schaden, sowie für den durch innern Verderb und Krankheit und für den an Waaren durch schlechte Verpackung oder durch Ungeziefer verursachten Schaden[8]). Die Verabredungen über die Art der Gefahr geschehen gewöhnlich auf allgemeine Weise durch die Pläne der Assekuranz-Kompagnie, worin die Gefahren, welche die Kompagnie übernehmen will, aufgezählt und die s. g. Klauseln, die in der Police gebraucht werden, erklärt sind. Den Inhalt socher Pläne nennt man die beständigen Bedingungen[8a]). Diese können durch besondere Verabredung abgeändert werden. 2. Ist über die Zeit der Gefahr nichts verabredet, so muß der Versicherer die Gefahr während der Reise tragen. a) Bei der Kaskoversicherung auf die Hinreise fängt die Gefahr an mit der Ladung und hört auf mit Vollendung der Löschung[9]). Ist zugleich auch für die Rückreise die Gefahr übernommen, so muß dieselbe auch während des Aufenthalts im Bestimmungsorte bis zur beendigten Losung der Rückfracht getragen werden; ist jede Reise besonders versichert, so fängt die Gefahr der Rückreise an mit der Einnehmung von

6) §§. 2117 flg., 2164—2170 a. a. O.

7) Andere Rechte, z. B. das Französische und Englische, lassen in diesem Falle den Versicherer nicht haften.

8) §§. 2209—2234 a. a. O.

8a) S. das Muster im m. Formularbuche. (4. Ausg.) No. LVIII, 2.

9) §§. 2179—2181 das. — Einige Rechte, namentlich das Französische, Russische und Spanische, bestimmen abweichend davon, daß die Gefahr nur zwischen dem Lichten und Werfen der Anker zu tragen.

Rückladung, wenn auch die Fracht noch nicht völlig gelöscht wäre; ist bei der Kaskoversicherung die Gefahr nicht ausdrücklich auf die Hinreise beschränkt, so geht die Versicherung auf die Hin- und Rückreise[10]. b) Bei Waarenversicherungen fängt die Gefahr an, wenn die Waaren vom Lande scheiden, und endet mit der Wiederanlandung, oder, wenn die Löschung Hindernisse findet, mit dem 21sten Tage nach der Ankunft des Schiffes[11]. 3. Nur der erwiesene Schaden ist zu vergüten, unter der Voraussetzung, daß der Versicherte die schuldige Anzeige gethan hat (Note 6). Zum Nachweise des Schadens gehört: a) Der Beweis, daß ein Schade geschehen. Dazu dienen: Urkunden (Seeprotest, Schiffsjournal); das Urtel des Prisengerichts bei der Kaperei; die Dispache und endlich gewisse Präsumtionen in dem Falle, wenn von dem Schiffe gar keine Nachrichten einlaufen[12]. b) Der Beweis, daß der Versicherte dabei interessire. Beweismittel dazu sind bei Waarenversicherungen das Konnoissement, bei Kaskoversicherungen der Beylbrief. In den Fällen bedarf es dieses Beweises nicht, wo nach der Verabredung der Versicherte zur Einforderung der Entschädigungssumme berechtigt sein soll. Dieses wird angenommen, wenn die Police die Klausel enthält: auf Interesse oder Nichtinteresse[13], oder: im Schadensfalle nur die Police vorzuzeigen[13a]. c) Der Beweis, daß der Versicherer den Schaden zu tragen hat. Darüber kann nur der Inhalt der Police, nach den allgemeinen Auslegungsregeln, Auskunft geben. d) Bestimmung der Vergütigungssumme. Dabei sind die beiden Hauptfälle zu unterscheiden: ob die Sache von einem Totalschaden oder nur von einem Partialschaden (Havery) betroffen worden. aa) Unter Totalschaden versteht man einen solchen Schaden, durch

---

10) §§. 2182, 2183, 2192 das. — Auch während des Aufenthalts in einem Nothhafen muß der Versicherer einstehen.

11) §§. 2184—2190 das. — Nach Englischem und Russischem R. fängt die Gefahr an, wenn die Waaren am Bord des Hauptschiffs anlangen, und hört auf, sobald sie wieder über Bord gebracht sind.

12) §§. 2175—2178 a. a. O. Die Gesetze bestimmen gewisse Fristen, nach deren Verlauf das Schiff für verloren angenommen wird. Das A. L. R. setzt, nach der Größe der Reise, 3, 6 Monate, auch 1 und 3 Jahre fest. §§. 2311, 2312, 2314—2320 das.

13) §. 1995 a. a. O. Dadurch soll bloß die Beweislast dem Versicherer zugewendet werden. §. 1996 das.

13a) Diese Klausel berechtigt nur, aber verpflichtet nicht zur Zahlung ohne Legitimation. §. 2281 das.

welchen die Sache ganz oder doch größtentheils verloren gegangen, und welcher von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen werden muß (Haverie grosse). Fälle dieser Art sind: *α*) der Schiffbruch und die Unbrauchbarwerdung des Schiffs zur Fortsetzung der Reise durch innern Verderb, wenn die Wiederherstellungskosten mehr betragen, als das Schiff, nach der Reparatur, den Werth des Wracks abgerechnet, werth sein würde[14]); *β*) die Nehmung und der Arrest von hoher Hand, wenn dessen Befreiung ungewiß und weitaussehend ist[15]); *γ*) wenn alle Nachrichten ausbleiben (präsumtiver Untergang)[16]). In diesen Fällen kann der Versicherte die volle Versicherungssumme fordern, wenn auch Etwas übrig geblieben ist; muß aber dagegen alle seine Rechte in Beziehung auf den versicherten Gegenstand dem Versicherer überlassen (abandonniren)[17]). Das Abandonnement muß gerichtlich, oder durch einen Notarius oder einen vereideten Mäkler angedeutet werden, unbedingt und nicht theilweise geschehen, wenngleich der Gegenstand nicht zum vollen Werthe versichert gewesen wäre[18]), und ist unwiderruflich[19]). Bei Festsetzung der vollen Versicherungssumme kommt es darauf an: ob die Police eine taxirte oder eine offene ist. Im erstern Falle ergiebt sich der Belauf von selbst, und wenn der Versicherer die angenommene Taxe nicht bezahlen will, muß er den Minderwerth beweisen[20]); im andern Falle wird der Gegenstand nach den bei der Haverei eintretenden Regeln ausgemittelt[21]). Uebrigens kommen bei Totalschäden dem Versicherer in der Regel gewisse Prozente (gewöhnlich Zwei) zu Gute[22]); und dem Versicherten steht frei, statt zu aban-

---

14) §§. 2304, 2306, 2307 a. a. O.

15) §. 2308 das. Bezieht sich auf das Embargo und auf die Kaptur.

16) §§. 2304, 2305 das. Wird durch den Eid des Versicherten festgestellt.

17) §§. 2242, 2304, 2309 a. a. O.

18) Manche Rechte gestatten hier ein theilweises Abandonn.

19) §§. 2322—2329 a. a. O. — Das Abandonn überträgt Eigenthum und Forderungen.

20) §. 2242 das. Der in der taxirten Police angenommene Werth ist zugleich die Versicherungssumme als die äußerste Grenze der Verbindlichkeit des Versicherers, wenn auch der Werth höher ist; fehlt es an einer durch Zahlen ausgedrückten Versicherungssumme, so ist der Werth der Sache maßgebend.

21) §. 2244 a. a. O. Anders bei Lebensversicherungen, wo die Angabe der zu zahlenden Summe ein zur Perfektion des Vertrags gehöriges Erforderniß ist. §. 2089. Nicht bei Freiheitsversicherungen. §. 2291.

22) §§. 2282, 2288 a. a. O. Ausnahmen: §§. 2313, 2315, 2318.

donniren, eine Haverei-Rechnung zu machen. bb) Bei dem Partialschaden ist zunächst darauf zu sehen: ob der Versicherer solchen zu tragen schuldig ist. Dieses ist nicht der Fall, wenn die Police die Klausel enthält: frei von Beschädigung bei glücklicher Ankunft des Schiffs, oder: frei von Haverei[23]). Wird auch der Partialschade ersetzt, so kann gefordert werden: der Werth des Verlorenen, und alle außerordentlichen, durch den Unfall nöthig gewordenen Kosten. Ist über den Betrag bereits eine Dispache aufgemacht, so tritt der Versicherer in die Stelle des Versicherten. Der Werth des Verlorenen wird bei einer offenen Police wie bei der Haverei ausgemittelt[24]); bei einer taxirten Police findet, wenn die Taxe unter dem Werthe der Sache ist, ein anderes Verfahren statt. α) Bei Schiffen wird ein Kostenanschlag gemacht, davon der Betrag für die durch natürliche Abnutzung nöthig gewordenen Reparaturen abgezogen, und der Rest nach Verhältniß der gezeichneten Summe zum Werthe aus der Zeit der Versicherung von dem Versicherer vergütet[25]). β) Bei Waaren wird der Belauf des Schadens durch Vergleichung der aus dem öffentlichen Verkaufe der beschädigten Stücke gelösten Summe mit dem baaren Marktpreise des Bestimmungsorts, oder, wenn der Verkauf in einem Nothhafen geschieht, mit dem Einkaufspreise, dem die bisherigen Unkosten zugerechnet werden, ausgemittelt. Die Differenz bezahlt der Versicherer; wenn aber die gezeichnete Summe geringer ist, so wird der Schade zwischen ihm und dem Eigenthümer, nach Verhältniß der Versicherungssumme zum Werthe, getheilt[26]). γ) Bei Frachtversicherungen wird die bedungen gewesene Fracht und die kleine Haverei nachgewiesen. Was der Versicherte weniger erhält, muß ihm der Versicherer vergüten; beträgt solches mehr als die gezeichnete Summe, so zahlt er wieder nur einen verhältnißmäßigen Theil[27]). Ein unbedeutender Schaden, wofür bei verderblichen Waaren ein Schaden von Zehn Prozent, und

---

23) §. 2103 a. a. O. — Haverie particulière sind solche Schäden, welche vom Schiffe oder Gute allein zu tragen sind (nicht gemeinschaftliche).

24) §§. 2246, 2249 u. flg. a. a. O.

25) §§. 2247, 2270, 2264 das. Das Verfahren bestimmen die §§. 2248 ff.

26) §§. 2249, 2254, 2265—2268 a. a. O.

27) §§. 2271—2273 das. Der Versicherte ist in allen solchen Fällen, auf den Belauf des Mehrwerths über die Versicherungssumme, sein eigener Mitversicherer, und trägt deshalb insoweit selbst Gefahr und Schäden.

bei andern Gegenständen ein Schaden unter Drei Prozent der Versicherungssumme gilt, wird gar nicht vergütet[28]). 4. Die Zahlung der ausgemittelten Vergütigungssumme ist in der Regel zwei Monate nach der Andeutung und, wenn bis dahin die Ausmittelung nicht vollendet ist, 8 Tage nach der angelegten Dispache fällig; von da laufen Verzugszinsen[29]).

§. 694.

c) Aufhebung des Verhältnisses.

I. Besondere Gründe zur Aufhebung der rechtlichen Wirkungen des Kontrakts sind: 1. Unrichtigkeit der Angaben des Versicherten bei der Versicherung[1]), und Nichterfüllung der Versprechungen bezüglich auf die Anstalten und Ausführung der Reise[2]). Ist die Abweichung durch Zuthun des Versicherers oder durch Zufall verursacht, so bleibt der Vertrag wirksam, aber der Versicherer kann nach Umständen eine Erhöhung der Prämie fordern[3]). 2. Doppelte Versicherung des Gegenstandes. Ist die zweite Versicherung aus bösem Vorsatze geschehen, so sind beide Versicherungen für den Versicherer unverbindlich; nicht aber für den Versicherten, d. h. er muß sämmtliche Prämien zahlen und wird noch als Betrüger bestraft[4]). Außer dem Falle des bösen Vorsatzes ist die zweite und folgende Versicherung, soweit als sie den Werth des Gegenstandes übersteigt, ungültig[5]). 3. Wenn die Gefahr zufällig gar nicht eintritt, z. E. wenn die Reise ohne Schuld des Versicherten[6]) gar nicht gemacht, oder zwar gemacht

---

28) §. 2274 a. a. O. — Diese Quote kann nicht etwa abgezogen werden, wenn der Schade mehr beträgt, wohl aber kann der Versicherer von der ganzen Vergütungssumme zwei Prozent abziehen. §. 2282 d. T.

29) 2283—2299 das.

1) §§. 2002, 2026, 2030—2032, 2041, 2075, 2078 a. a. O.

2) §§. 2031, 2043, 2044, 2117, 2118, 2121, 2122, 2127, 2135, 2139, 2145, 2152—2164 das.

3) §§. 2124—2135 a. a. O. — Die Zulage wird eventuell durch Sachverständige nach dem zur Zeit des Antrittes der Reise gangbaren Satze bestimmt. §. 2130 d. T.

4) §. 2002 das. — Das neue Strafgesetzbuch kennt den Fall nicht; unter den neuen Begriff des Betruges fällt er auch nicht.

5) §§. 2003—2008 das. In diesem Falle steht das grobe Versehen dem Vorsatze nicht gleich.

6) Hat er erhebliche Gründe, die Unternehmung einzustellen, so wird keine

wird, unterdessen aber die Gefahr, gegen welche Versicherung genommen worden ist, z. B. Kriegsgefahr, gar nicht entsteht. Dieser Grundsatz ist gegen die allgemeine Rechtsregel durch Seegebrauch eingeführt; damit aber der Versicherer darunter nicht leide, gestattet man ihm in allen Fällen, wo ohne sein Zuthun der Vertrag aufgehoben und die Prämie zurückgezahlt wird, also sowohl, wenn die Gefahr nicht eintritt, als auch im Falle der doppelten Versicherung, den Abzug eines halben Prozents von dem versicherten Kapitale, wenn die Prämie selbst nicht über Zwei Prozent beträgt, eines Viertels der Prämie, als Entschädigung, welche man Ristorno nennt, für seine Bemühungen und Geldanschaffungen [7]. Wird die Gefahr durch zufällig verhinderte Fortsetzung der Unternehmung vermindert, und ist noch kein Schade zu vergüten: so kann Herabsetzung der Prämie gefordert werden [8]. War die Gefahr zur Zeit der Versicherung schon vorüber und wußten beide Theile davon nichts: so ist der Vertrag ungültig und die Prämie wird zurückgezahlt [9]; wußte der Versicherer oder hatte er wahrscheinliche Nachricht, daß die Sache bereits in Sicherheit, oder die Gefahr ganz überstanden sei: so wird er überdies um den doppelten Betrag der Prämie bestraft [10]. Wußte der Versicherte oder hatte er Nachricht, daß der versicherte Gegenstand schon verunglückt oder beschädigt war: so ist der Vertrag für den Versicherer unverbindlich, der Versicherte aber ist daraus zur Zahlung der Prämie verbunden und wird als Betrüger bestraft [11]. Daß er Nachricht gehabt habe, wird aus gewissen Umständen nach Ablauf eines bestimmten Termins vermuthet [12]. 4. Konkurs über das Vermögen des Versicherers [13]. Der Bankerutt des Versicherten giebt dem wegen der Prämie

---

Schuld angenommen, wenn nicht arglistig gehandelt wird. §. 2337 das. Nach einigen Rechten wird unbedingt der Rücktritt gestattet, wenn die Unternehmung unterbleibt.

7) §§. 2333—2345, 2202 a. a. O.

8) §§. 2339—2342 das. Darüber sollen Schiedsrichter entscheiden.

9) §§. 2200, 2202, 2208 a. a. O.

10) §. 2025 a. a. O. — Wer die Strafe erhalten soll, ist nicht bestimmt; vermuthlich der Fiskus.

11) §§. 2200, 2026, 2028 das. Dieser Fall fällt unter den Begriff des neuen Strafgesetzbuchs §. 241 vom Betruge.

12) §§. 2203—2208 ebendas. Die Indicien sind nicht mehr passend.

13) §§. 2012—2015 a. a. O.

noch nicht befriedigten Versicherer nicht das Recht zum Rücktritte; der Versicherer hat nur, wenn binnen den ersten 30 Tagen nach der Versicherung der Konkurs ausbricht, das Vorrecht der Zweiten Klasse an der versicherten Sache, bei späterem Ausbruche das der Vierten Klasse und das Kompensationsrecht [14]). II. Die aus dem Vertrage entstandenen Forderungen erlöschen durch Verjährung und zwar: 1. die des Versicherers wegen der Prämie und des Ristorno in der gewöhnlichen Zeit; 2. die des Versicherten, nach Verschiedenheit der Entfernungen des Orts, wo der Schade geschehen, in einer kürzeren Zeit von 6 Monaten bis 2 Jahren, welche Fristen anfangen, bei einem Totalschaden, vom Empfange vollständiger Nachrichten über die Hauptumstände, und wenn ein Abandonnement erfolgt, vom Tage der Andeutung desselben; in allen übrigen Fällen von da, wo der Schade soweit liquide geworden ist, daß die Klage hätte angestellt werden können [15]).

§. 695.

3. Versicherung gegen Gefahren zu Lande.

Persil, des assurances terrestres, suivi des statuts de diverses sociétés. Paris, 1835.

I. Der Hauptunterschied zwischen der See- und Landassekuranz liegt in der Natur der Gefahren, gegen welche Versicherung genommen wird. Die gewöhnlichen Landversicherungen sind: 1. Versicherungen gegen Feuersgefahr [1]). Ueber die Mobiliar-Versicherung ist ein besonderes Gesetz erlassen [2]); für die Immobiliarversicherung hat jede Provinz ihre eigenen Gesetze und Re-

---

14) §§. 2115, 2116 das. Vergl. o. §. 367, Bd. I, S. 639 u. §. 496.

15) §§. 2346—2358 a. a. O. Nach andern Rechten fängt die Verjährung von Zeit des geschehenen Unglücks an; überall pflegen für die Klagen des Versicherten kurze Verjährungen bestimmt zu sein. Offenbar ist dabei die Bestimmung des Anfangs vom Tage der empfangenen Nachricht angemessener.

1) §§. 2056—2063, 2235—2241 a. a. O. — Beurtheilung der vorzüglichsten in Deutschland gebräuchlichen Arten der Versicherung gegen Feuersgefahr. Leipzig, 1821. — Dorninger, über Feuerversicherungsanstalten. Wien, 1822.

2) Gesetz über das Mobiliar-Feuer-Versicherungswesen, vom 8. Mai 1837 (G. S. S. 108). — Verf. des Min. des Inn. u. d. Pol., betreffend die Ausführung des Gesetzes, vom 10. Juni 1837 (Annal. Bd. XXI, S. 503). — Brüggemann, die Mobiliarversicherung in Preußen, nach dem Gesetze vom 8. Mai 1837. 2. Aufl.

glements[3]). 2. Lebensversicherungen[4]); 3. Versicherung gegen Viehseuche[5]); 4. gegen Hagelschlag[6]). II. Im Wesentlichen gelten von den Landversicherungen ebendieselben Grundsätze, wie von der Seeassekuranz; Abweichungen davon ergeben sich entweder aus der Natur der Gefahr, gegen welche Versicherung genommen wird, oder sind durch die besondern Reglements positiv vorgeschrieben; namentlich findet sich ein Zwang zur Immobiliarversicherung in manchen Provinzialgesetzen vorgeschrieben.

Zweite Klasse.

Verträge, welche zur Erfüllung eine Fortsetzung oder Wiederholung der Leistung durch eine bestimmte Zeit fordern.

I. Der Mieths- und Pachtkontrakt.

A. L. R. I, 21, §§. 258—625. — Scheidlein, Abhandlung über den Mieth- und Pachtvertrag nach dem Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in Vergleichung mit dem Römischen Civilrechte, dem Preußischen Landrechte und dem Französischen Civilcodex. Wien, 1819.

A) Das Allgemeine.

§. 696.

1. Begriff, Erfordernisse und Arten.

I. Miethe oder Pacht (locatio conductio) ist der Vertrag, wodurch der Eine dem Andern gegen Vergeltung eine Sache zum Gebrauche oder zur Benutzung zu übergeben, oder Dienste zu leisten verspricht[1]). II. Die Bestandtheile sind: 1. eine bestimmte Sache, deren Gebrauch oder Benutzung verschafft werden soll

---

3) Man findet sie verzeichnet in den Ergänzungen zum A. L. R. II, 8. Abschn. XIII.

4) II, 8, §§. 1968 — 1974, 2089, 2152 — 2154. Benecke, Bd. IV, S. 537.

5) Gesetz über die Versicherungsgesellschaften der Provinz Schlesien zur Verhütung der durch die Rindviehseuche veranlaßten Verluste, v. 30. Juni 1841 (G. S. S. 285). — Reglem. zur Ausführung desselben, v. 23. April 1842 (Breslauer Amtsbl. 1842 S. 4).

6) Statuten für Ostpreußen, vom 9. September 1820 (v. Kamptz Annalen, Jahrg. 1820, S. 574). — Berg, Handbuch des Pol.-Rechts, Bd. III, S. 299.

1) I, 21, §§. 258, 259. — L. 2 D. locati cond. (XIX, 2).

(Sachmiethe, locatio conductio rerum), oder ein bestimmter Dienst, dessen Leistung zugesagt wird (locatio conductio operarum, Dienstmiethe). Von der Sache und deren Eigenschaften gelten dieselben Regeln wie bei dem Leihkontrakte (§. 644), es gehört daher zu den Essentialien eines durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Pacht- oder Miethskontrakts, daß die Nutzungsperiode auf irgend eine Weise in dem Vertrage selbst bestimmt sei [1a]); und hinsichtlich der Dienste gilt im heutigen Rechte kein Unterschied nach der Natur der Handlungen, indem auch solche Dienste, welche die Römer liberale nannten, Gegenstand der Verdingung sein können [2]). 2. Ein bestimmter Preis, in der Regel in Gelde [3]), ausgenommen wenn die Nutzungen einer Sache gemiethet sind, wo der Preis in von der Sache gewonnenen Früchten bestehen kann (locatio partiaria) [4]). Er muß alle Eigenschaften des Kaufpreises haben [5]), mithin bestimmt, wahr und ernstlich gemeint sein. III. Nach dem Gegenstande unterscheidet man Sachmiethe und Dienstmiethe. 1. Die Sachmiethe zerfällt in die Miethe und in die Pacht, je nachdem der Gegenstand nur Gebrauch gestattet oder auch Früchte und Nutzungen bringt. Im Zweifel wird bei städtischen Grundstücken Miethe und bei Landgütern Pacht angenommen [6]); bei Vermischung der Gegenstände kommen die Regeln von der Miethe und von der Pacht, je nach der Beschaffenheit der fraglichen Sache, zur Anwendung, und wo damit nicht durchzukommen, wird die Frage nach Maßgabe der Sache, auf welche die Parteien bei dem Vertrage hauptsächlich gesehen haben, nach den Grundsätzen entweder der Miethe oder der Pacht entschieden [7]). 2. Die Dienstmiethe hat entweder eine ganze Klasse von Dienstleistungen ohne nähere Bestimmung der einzelnen Handlungen, oder in sich oder nach der Aufgabe bestimmte und abge-

---

1a) Pr. des Ober-Trib. 2061, vom 29. Sept. 1848, in der Sache Effenbart w. Junius, $^{8}\frac{1}{91}$, III, 48. Ist nämlich die Uebergabe ohne solche Bestimmung geleistet, so hat dadurch der Kontrakt aus der gesetzlichen Bestimmung §. 340 seine Ergänzung erhalten.

2) Die persecutio extraordinaria, womit das Honorar eingefordert wurde, fällt daher heutzutage weg und an deren Stelle tritt die ordentliche Kontraktsklage. Recht der Ford. Bd. III, S. 284.

3) §§. 258, 262 a. a. O. — L. 1, §. 9 D. depositi (XVI, 3).

4) §§. 264—266 a. a. O. — L. 21 C. locati (IV, 65).

5) §. 263 das. — L. 2 pr. D. locati (XIX, 2). S. o. §. 674, IV.

6) A. L. R. §§. 258, 259, 261 a. a. O. — Klein's Ann. Bd. I, S. 119.

7) Simon's Rechtssprüche, Bd. III, S. 357 flg.

schlossene Verrichtungen zum Gegenstande. In dem erstern Falle ist schlechthin Dienstmiethe (locatio conductio operarum, locatae operae) vorhanden und der Vertrag heißt Lohn- oder Dienstkontrakt; in dem andern Falle aber, wo eine bestimmte Aufgabe, z. E. die Herstellung eines Baues oder die Abfassung eines literarischen Werks nach einer angegebenen Idee, vorgeschrieben ist, läßt sich das Rechtsgeschäft entweder als Dienstmiethe oder als Verdingung eines Werks (locatio conductio operis, opus locatum) abschließen, je nachdem die einzelnen Verrichtungen gemiethet und bezahlt werden oder das Werk als Ganzes der Gegenstand der Verabredung ist. In diesem Falle ist der Arbeiter Miether (redemtor operis) und der Besteller Vermiether (Verdinger) [8]), und der Vertrag heißt Verdingungskontrakt.

§. 697.

2. Eingehung.

I. Der Vertrag ist ein Konsensualkontrakt und erfordert in der Regel die schriftliche Form bei einem jährlichen Miethspreise von mehr als 50 Thalern; ist aber bei der Sachmiethe die Uebergabe erfolgt, so gilt der bloß mündlich verabredete Kontrakt auf eine Miethsperiode, wenn diese aber über ein Jahr beträgt, nur auf Ein Jahr [1]). Uebersteigt der jährliche Miethspreis die Summe von 50 Thalern nicht, so macht es keinen Unterschied, ob die Dauer durch eine gewisse Zahl von Jahren oder mit Beziehung auf ein Ereigniß, z. B. auf die Lebenszeit eines Betheiligten, verabredet worden ist [1a]). In Fällen, wo auf die Form nichts ankommt und die Miethspreise durch eine Taxe oder durch den Gebrauch feststehen und bekannt sind, kann der Vertrag auch durch Handlungen (stillschweigend) geschlossen werden. II. Die Fortsetzung oder Erneuerung des durch Ablauf der Zeit beendigten Verhältnisses heißt Relokation. 1. Sie ist ein neuer Vertrag [2]) und kann, nach Pr. R., bei einem durch Kündigung aufgehobenen

---

8) L. 22, §. 1 D. eod. — L. 1 pr. D. de aestimatoria (XIX, 3).

1) A. L. R. §§. 267—269 a. a. O. — Vergl. o. §. 661, I, 3 und die Note 11a.

1a) Ang. von dem III. Senat des Ober-Trib. am 24. April 1849 in Sachen Priebe w. Mampe, $^{862}/_{3390}$, III, 48.

2) L. 14, L. 13, §. 11 D. locati (XIX, 2).

Kontrakte überhaupt nicht stillschweigend[2a]), bei einem durch Ablauf des festgesetzten Termins beendeten Kontrakte aber nicht durchaus stillschweigend, d. h. durch stillschweigendes Behalten der Sache, abgeschlossen werden[3]), vielmehr muß noch eine Erklärung durch Worte dazu kommen; es genügt indeß a) das Anbieten und das Nehmen der Zahlung eines ferneren Zinses, wobei dann die wörtliche Versagung der Verlängerung von Seiten des Zahlungsnehmers als ein Widerspruch in sich nichts ausmacht[4]); und b) bei der Pacht auch die einseitige, erst nach Ablauf der Pachtzeit gegebene Erklärung des Pächters, daß er die Pacht fortsetzen wolle, im Falle dazu der Verpächter 14 Tage stillschweigt[5]). 2. Die Dauer der solchergestalt formlos abgeschlossenen Relokation ist, im Falle der erste Kontrakt die vorgeschriebene Form hatte: a) bei Miethen und solchen Pachtungen, deren Gegenstand nicht Landwirthschaften sind, auf Eine Miethsperiode, also: bei monatsweiser Miethe Ein Monat, bei jährlicher Miethe Ein Jahr, bei einer Miethe, welche auf mehrere Jahre für einen im Ganzen bedungenen Preis geschlossen ist, wieder auf so lange; b) bei Pachtungen landwirthschaftlicher Grundstücke so lange, daß der Pächter sämmtliche Felder, nach Maßgabe der Feldereintheilung, nach landüblichem Wirthschaftsgebrauche nutzen kann[6]). 3. War der erste Kontrakt nicht in der vorgeschriebenen Form geschlossen, so giebt die stillschweigende Relokation keinen länger gültigen Kontrakt, als die mündliche Uebereinkunft in Verbindung mit der Uebergabe[7]), weil sonst das A. L. R. mit seinen Vorschriften über die Folgen des Mangels der Form in Widerspruch kommen würde.

2a) Pr. des O. Tr. 104, vom 22. Februar 1836.

3) Anders nach L. 13, §. 11 D. eod. — L. 16, 7 C. eod. (IV, 65). Ueber die Dauer bei landwirthschaftlichen Grundstücken ist Meinungsverschiedenheit.

4) §. 327 a. a. O. Vergl. den Rechtsfall in Jurist. Wochenschrift 1840 S. 283.

5) §. 326 a. a. O. Die vor Ablauf der Pachtzeit gemachte Erklärung bleibt ohne Wirkung, wenn auch der Verpächter stillschweigt. Pr. 1438, vom 10. Mai 1844.

6) §§. 329—331 a. a. O. — K. O. vom 9. Januar 1812 (G. S. S. 4). Die Sätze werden bezweifelt. S. Recht der Ford. §. 345, Bd. III, S. 737.

7) §§. 269, 402, 406 a. a. O. S. o. den Text zu Note 1. Die stillschweigende Verlängerung des Pachtverhältnisses nach dem mündlichen Vertrage wird durch die Vorschrift des §. 269 d. T. nicht ausgeschlossen. Pr. 1259, vom 10. Januar 1843.

§. 698.

2. Verbindlichkeiten der Parteien.

I. Der Vermiether muß vorleisten. 1. Die Hauptverbindlichkeit bei der Sachmiethe ist die Verschaffung des Gebrauchs und der Benutzung der bestimmten Sache (usus rei praestatio), wozu die Uebergabe der Sache[1]), die Gewährung derselben oder Gewährleistung für die Entziehung durch einen Dritten wegen Mangels an dem Rechte des Vermiethers[2]), und die vertragsmäßige[2a]) Brauchbarkeit der Sache während der Dauer der Miethszeit[3]) gehört, daher der Miether eine unbrauchbare Sache nicht anzunehmen braucht oder, wenn er sie angenommen hat, auf Kosten des Vermiethers herstellen lassen, sowie die später unbrauchbar gewordene Sache, deren Instandsetzung der Vermiether, dazu aufgefordert, unterläßt, zurückgeben und sein Interesse fordern kann[4]). Macht der Miether oder Pächter, welchem die vermiethete oder verpachtete Sache unvollständig überliefert wird, von dem Rechte des Rücktritts nicht Gebrauch, so hat er, um den Verpächter oder Vermiether zum Ersatze des Interesses anzuhalten, nicht nöthig, denselben zugleich oder vorher auf Instandsetzung zu belangen; vielmehr kann er, ohne solche Klage auf Instandsetzung und ohne Rücktrittserklärung, jenen Schaden gegen den Verpächter oder Vermiether besonders einklagen[4a]). Die Ansprüche auf Entschädigung gegen den Vermiether, weil er die vermiethete Sache nicht in brauchbarem Stande erhalten, unterliegen der kürzeren Verjährung nur insoweit, als sie außerhalb der von der Anstel-

---

1) §§. 272, 418 a. a. O. — L. 15, §. 1, L. 19, §. 2 D. eod.

2) §§. 355, 360, 419 das. — L. 7, 8, 9 pr., 15, §. 8 D. eod.

2a) Bei der Frage: ob die Sache im brauchbaren Stande überliefert worden oder nicht, und ob also der Miether die Annahme verweigern und von dem Vertrage abgehen kann, ist auf den im Kontrakte ausbedungenen Zustand der vermietheten Sache zu sehen; und es kommt nicht darauf an, ob nach der Meinung Sachverständiger, ungeachtet der Zustand der Sache nicht überall dem Kontrakte entspricht, derselbe im Allgemeinen ein brauchbarer sei. Pr. 1178, v. 29. August 1842.

3) §§. 272, 291 das. — L. 15, §. 1, L. 25, §. 2, L. 27 pr., §. 1, L. 58, §. 2 D. eod.

4) §§. 273, 364, 365 das. — L. 25, §. 2 D. eodem.

4a) Pr. des O. Tr. 1614, vom 25. September 1845.

lung der gerichtlichen Klage zurückzurechnenden Zeit fallen[4b]). 2. Nebenleistungen sind: a) Erstattung der auf die Erhaltung der Sache, welche der Vermiether brauchbar zu erhalten schuldig ist, verwendeten nothwendigen und nützlichen Kosten[5]), und bei Miethungen auch Ersatz der auf der Sache selbst, nicht bloß auf dem Gebrauche, haftenden Lasten und Abgaben[6]). Bei Pachtungen ohne Anschlag (in Pausch und Bogen) muß der Pächter die ordentlichen Lasten und Abgaben von der Sache tragen, die von den Früchten trägt er immer; bei Pachtungen nach einem Anschlage trägt er nur die von dem Ertrage abgezogenen Lasten[7]). Die Einquartierung gehört zu den außerordentlichen Lasten und wird im Frieden von dem Vermiether und Verpächter ganz getragen; im Kriege werden die Verpflegungskosten von beiden Theilen gemeinschaftlich getragen, jedoch bei der Landgüterpacht nur dann, wenn die Verpflegung nicht ganz unbedeutend ist, indem für geringe Einquartierung, welche nicht über drei Tage dauert, der Pächter von dem Verpächter nichts zu fordern hat[8]). b) Schadensersatz für die durch Versehen und Ungeschicklichkeit, selbst durch die Fehlerhaftigkeit der Sache zugefügten Nachtheile, nach Maßgabe der Verschuldung[9]). 3. Nur dem Miether und Pächter selbst und dessen Erben ist der Vermiether alles Dieses zu leisten schuldig, nicht dem Singularsuccessor, denn die Cession

---

4b) Entsch. des O. Tr. Bd. XIV, S. 282.

5) §§. 273, 274, 287 a. a. O. — L. 55, §. 1, L. 58, §. ult., L. 61 pr. D. eod.

6) §. 288 a. a. O. — Nach R. R. allgemein auch bei der Pacht. L. un. §. 3 D. de via publ. (XLIII, 10); L. 13 D. de impensis in res dotal. (XXV, 1); L. 2 C. de annon. (X, 16).

7) §§. 562, 292—295 das. — Suarez Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 65. Jede Pachtung ohne Anschlag ist eine Pachtung in Pausch und Bogen. Pr. 310 v. 24. Juli 1837.

8) §§. 289, 290, 572 a. a. O. — K. O. vom 24. Juni 1808 und R. v. 2. Juli 1808 (Rabe, Bd. IX, S. 223); K. O. vom 20. Mai 1812 (G. S. S. 42). Das Prinzip über Tragung der Einquartierungslast ist gemeinrechtlich streitig; das A. L. R. hat die Meinung angenommen, wonach die Last getheilt werden soll. Die in Folge derselben getroffenen Bestimmungen aber, besonders die Maßgabe bei der Landgüterpacht, daß die nicht über 3 Tage dauernde Einquartierung der Pächter allein tragen soll, haben vielfache Zweifel veranlaßt. Recht der Ford. §. 346, Bd. III, S. 742.

9) §§. 364, 365, 385, 273 a. a. O. — I, 5, §. 155. — S. o. §§. 468, 469. — Vergl. L. 25, §. 7, L. 9, §. 5 D. locati (XIX, 2). Für den durch die fehlerhafte Sache verursachten Schaden haftet der Vermiether, nach L. 45, §. 1 D. eod., und L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2) nur im Falle des Dolus und des groben Versehens.

des Miethsrechts (Sublokation) ohne Einwilligung des Vermiethers ist unerlaubt, ausgenommen bei solchen Pachtungen, welche mehrere Wirthschaftsrubriken oder Vorwerke begreifen, wo der Pächter einzelne Rubriken und Vorwerke verafterpachten darf[10]). Die Sublokation ändert nichts in den wechselseitigen Verbindlichkeiten zwischen den Hauptparteien; mithin kann der Verpächter, der z. B. vermöge einer Kontraktsbestimmung dem Pächter für einen gewissen Fall zur Leistung einer Entschädigung (Remission) verpflichtet ist, diesem Anspruche des Pächters nicht den Einwand entgegenstellen, daß der Pächter die Sache in Unterpacht ausgethan, und daher nicht selbst den Schaden erlitten habe[10a]). 4. Schuldner zu diesen Leistungen ist nicht bloß der Vermiether und dessen Erben, sondern auch der Rechtsnachfolger aus einem besondern Titel, indem die frühere Rechtsregel: Kauf bricht Miethe, aufgehoben ist und die Verbindlichkeit des Vermiethers mit der Sache passiv und aktiv übergeht, ausgenommen im Falle der nothwendigen Subhastation, wo jedem Theile nach vorheriger Kündigung der Rücktritt zusteht[11]). II. Der Miether und Pächter hat 1. hauptsächlich den Preis zu entrichten und zwar vierteljährlich am Ende der Zeitperiode[12]). Für die Zwischenzeit, durch welche dem Miether ohne sein Zuthun der Gebrauch oder die Nutzung der Sache, wenn auch ohne Schuld des Vermiethers entzogen wird, fällt der Zins weg, weil Jener nur soviel ihm gewährt wird zu bezahlen hat; doch wird nicht jedes unbedeutende Hinderniß berücksichtigt. Dieserhalb gelten folgende Regeln: a) bei Gebäuden tritt verhältnißmäßiger Erlaß ein, wenn der Gebrauch ganz oder theilweise länger als einen Monat entzogen wird; b) bei Pachtungen, deren Gegenstand nicht ein Landgut ist, wird auf Verhinderung der Benutzung unter drei Monaten nicht gesehen; c) bei einem Landgute kann nur dann Nachlaß gefordert werden, wenn das Nutzungsrecht wenigstens ein ganzes Jahr ununterbrochen nicht hat ausgeübt werden können[13]). In allen andern

---

10) §§. 309, 310, 314 a. a. O. S. o. §. 527 u. §. 699 a. E. — Anders nach L. 60 pr. D. locati; L. 6, 10 C. eod. — Die Einwilligung des Vermiethers bedarf nicht der schriftlichen Form. Pr. 2029, v. 9. Juni 1848.

10a) §§. 316, 320, 323 d. T. — Pr. 420, v. 12. Februar 1838.

11) §§. 358, 351—353, 357 a. a. O.

12) §. 297 das. — Nach L. 24, §. 2, L. 30, §. 2, L. 51, §. 1, L. 36 D. eodem erst am Ende der Miethszeit.

13) §§. 299—307 a. a. O. Das richterliche Ermessen fällt hier weg.

Fällen ist die Erheblichkeit der Verhinderung von dem Richter zu ermessen[14]. 2. Er muß die Sache wie ein guter Hausvater gebrauchen und beziehlich nutzen, auch gegen Beschädigungen schützen[15], und am Ende der Zeit unbeschädigt, soweit nicht der kontraktmäßige Gebrauch eine Verschlimmerung von selbst mit sich bringt (Abnutzung), pünktlich zurückgeben; bei verzögerter Rückgabe wie ein Verwalter fremder Sachen, und vom Tage der Abforderung wie ein unredlicher Besitzer für Verschlimmerungen und Zuwüchse haften, auch nach Maßgabe seiner Verschuldung das Interesse vergüten, welches bei Miethen, im Falle die Sache ein ganzes Quartal und darüber zurückgehalten worden ist, ohne Weiteres auf den Belauf des verabredet gewesenen Zinses angenommen wird, für kürzere Zeiten aber besonders nachzuweisen ist[16]. Das Zurückhaltungsrecht findet nur wegen Verwendungen, welche vertragsmäßig erstattet werden müssen, nicht aus Rechtsgründen, die außerhalb des Vertragsverhältnisses liegen, z. B. wegen Eigenthumsansprüchen, statt[17]. 3. Nebenleistungen sind: a) Verzugszinsen; b) Erstattung des Werths der Sache, welche nicht zurückgegeben werden kann, sowie der Verschlimmerungen, nach Maßgabe der Verschuldung[18]. Bei Feuerschäden muß dem Miether und Pächter die vertretbare Schuld bewiesen werden, weil er bei der dreigliedrigen Eintheilung nicht für jedes Versehen haftet[19]. 4. Auch dem Singularsuccessor, auf welchen das Verhältniß von selbst übergeht, ist der Pächter und Miether zu diesen Leistungen verpflichtet[20]; und durch vom Feinde in Kriegszeiten erzwungene Zahlungen auf Zins wird der Miether und Pächter

---

14) Nach R. R. ist das richterliche Ermessen in keinem Falle ausgeschlossen, weil die Umstände sich zu mannigfach gestalten. L. 27 pr., L. 25, §. 2, 6 L. 24, §. 4 D. eodem.

15) §§. 270, 271 a. a. O. — L. 11, §. 2, L. 25, §. 3, L. 13, §. 7, L. 24, §. 2 D. eodem.

16) §§. 332—335 a. a. O. — L. 11, §. 2, L. 25, §. 3—5 D. eod.

17) I, 20, §§. 537, 539. — L. 55, §. 1 D. eod. — L. 25 C. eod.

18) I, 21, §§. 278, 279, 453. S. o. §. 468, 469. — Recht der Ford. §. 347, II.

19) I, 6, §. 63; II, 20, §§. 1558—1564. Ist eine wichtige Abweichung vom G. R. L. 3, §. 1 D. de off. praes. vigil. (I, 15); L. 11 D. de peric. (XVIII, 6).

20) I, 11, §. 106. S. o. Note 11.

hinsichtlich solcher Termine, womit er nicht im Rückstande war, befreit[21]).

§. 699.

4. Auflösung des Verhältnisses.

Das Rechtsverhältniß nimmt ein Ende: I. durch Ablauf der Zeit; II. durch zufällige Verhinderung des Gebrauchs oder der Benutzung (§. 466); III. durch Eintritt des ungewissen Ereignisses (Bedingung), woran die Dauer gebunden war, doch muß die gesetzliche Kündigungsfrist zur Räumung gelassen werden[2]); IV. durch einseitigen Rücktritt aus einem gültigen Grunde; doch muß in der Regel der Rücktritt die gesetzlich[2a]) bestimmte Zeit vorher, mündlich oder schriftlich, dem Andern angekündigt werden, wobei keine Form weiter zu beobachten ist, nur daß die Absicht dem Andern wirklich bekannt werden muß. Will der Andere gegen die Kündigung Einwendungen machen, so muß er derselben binnen 8 Tagen nach der Bekanntmachung widersprechen, sonst verliert er seine Einwendungen, vorausgesetzt, daß die Aufkündigung „gehörig geschehen", d. h. rechtmäßig oder aus einem dem Kündigenden zur Seite stehenden gesetzlichen oder vertragsmäßigen Grunde; ist ohne Grund gekündigt, so kann er stillschweigend die Klage erwarten und sie als unbegründet bestreiten[3]). Gesetzliche Gründe dazu sind: 1. Für jeden Theil: a) wenn der Vertrag wegen Mangels der Form nur auf ein Jahr verbindlich ist und man nicht länger daran gebunden sein will[4]); b) wenn die Dauer nicht bestimmt ist[5]); c) wenn nach allgemeinen Grundsätzen der Rücktritt wegen

---

21) I, 21, §§. 381, 382. Anders nach R. R. Vergleiche aber Gabke, Bauernrecht, §. 450.

1) §§. 324, 325, 336, 346, 347 a. a. O.

2) §§. 337, 338 das. Ist das Ereigniß die Großjährigkeit des Eigenthümers, so ist ein bestimmter Endtermin verabredet, daher die Großjährigkeitserklärung einflußlos bleibt. §. 339 d. T.

2a) An die etwa davon abweichende, im Vertrage bestimmte Frist ist man nicht gebunden, namentlich der Vermiether nicht in dem Falle 2, lit. a. Pr. 1574 vom 30. Mai 1845. Eine Kündigungsfrist findet hier nicht statt. S. u. Note 9.

3) §. 349 a. a. O. Recht der Ford. §. 348, Bd. III, S. 757. Plenar-Beschluß (Pr. 1988) v. 6. März 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 43).

4) §§. 269, 406 das. Daß auch bei der Miethe vorher gekündigt werden muß, ist bestritten, aber ohne sachlichen Grund. Recht der Ford. a. a. O. S. 756. Das O. Tr. ist aber auch der andern Meinung. Pr. 493, v. 2. Juli 1838.

5) A. L. R. §§. 340—345 a. a. O. — K. O. vom 9. Januar 1812 (G. S. S. 4).

33*

Mangels der gegenseitigen Erfüllung zulässig ist[6]); d) wenn der Miether oder Pächter stirbt. Bei Pachtungen ist dann der Kontrakt nur noch Ein Jahr, nach Ablauf des Wirthschaftsjahres, in welchem der Tod erfolgt, verbindlich; bei Wohnungsmiethen müssen nur die Erben des Miethers noch ein halbes Jahr nach dem laufenden Quartal aushalten[7]), nach Verlauf dieser Zeit kann von der Kündigungsbefugniß nicht mehr Gebrauch gemacht werden[7a]); in allen übrigen Fällen ist nur die Kündigungsfrist zu beobachten. Haben Mehrere gemeinschaftlich gemiethet oder gepachtet, so giebt der Tod des Einen von ihnen keinen Grund zum Rücktritt, ausgenommen wenn sie Eheleute sind und der Mann stirbt[8]). 2. Für den Vermiether: a) wenn der Andere für zwei Termine mit dem Zinse rückständig ist[9]); b) wenn die Sache zum nothwendigen gerichtlichen Verkaufe gebracht wird, doch ist in diesem Falle der Vermiether und Verpächter zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn der Käufer den Kontrakt nicht halten will[10]); c) wenn das widerruflich gewesene Recht des Vermiethers oder Verpächters erlischt, in welchem Falle derselbe den Andern schadlos halten muß, falls der Berechtigte den Kontrakt nicht

---

6) §§. 391—394 a. a. O.

7) §§. 371, 373 a. a. O. — Die nach dem Tode ihres Mannes die Wohnung benutzende Wittwe ist, wenn sie nicht mit kontrahirt hat und nicht Erbin ist, zur Fortzahlung der Miethe nicht verbunden. Pr. 184, v. 3. August 1837. (Entsch. des O. Tr. Bd. I, S. 360 flg.)

7a) Rechtsfälle des O. Tr. Bd. I, S. 289 und Plen.-Beschl. v. 14. Juni 1847 (J. M. Bl. S. 241 u. Entsch. Bd. XIV, S. 469; mit Motiven Bd. XV, S. 35).

8) §§. 374, 372 a. a. O. Die Gründe sind alle neu.

9) §. 298 a. a. O. Entsch. der Gesetz-Kommission vom 15. Februar 1782 (Klein Annal. Bd. V, S. 103). Nach L. 54, §. 1, L. 56 D. locati genügt erst ein zweijähriger Rückstand. Die Meinungen der Civilisten sind darüber aber sehr verschieden. Recht der Ford. §. 348, Bd. III, S. 761. — S. auch o. die Note 2a. Ist in einem Miethskontrakte festgesetzt worden, daß wenn die Entrichtung der Miethe zur bestimmten Zeit nicht prompt erfolge, der Miethsvertrag seine Kraft verlieren und der Miether die Wohnung sofort räumen müsse, so liegt in dem eintretenden Falle dem Vermiether, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen will, ob: solches dem Miether sofort anzudeuten. Nimmt er Abschlagszahlungen ohne Vorbehalt an, und läßt er nach Annahme derselben den Miether den Kontrakt noch Wochen lang fortsetzen, so ist dies als eine Verzichtleistung auf die Ausübung des bedungenen Rechts anzusehen, und die Exmissionsklage findet späterhin aus diesem Grunde nicht mehr statt. Pr. 1472, v. 27. Juli u. 3. August 1844.

10) §§. 350, 355, 360 a. a. O. Deshalb ist der Antrag auf Räumung vor der Adjudikation nicht zulässig. Pr. 648, v. 13. April 1839. — Ulrich Archiv, Jahrg. 1839, S. 573.

fortsetzt[11]); d) wenn der Andere die Sache mißbraucht (§. 144, Bd. I, S. 286), und zwar in diesem Falle ohne vorherige Kündigung, wenn Grund zur Besorgniß einer erheblichen Beschädigung ist[12]); e) wenn solche Reparaturen nothwendig werden, neben welchen der Gebrauch der Sache nicht fortgesetzt werden kann, ebenfalls ohne Kündigung; der Miether hat aber, wenn die Sache schon bei Eingehung des Vertrags der Reparatur bedurfte, oder später durch Vernachlässigung der dem Vermiether auszubessern obliegenden und ihm zeitig aber vergeblich angezeigten Mängel in solchen Zustand kam, Entschädigung zu fordern[13]); will der Miether sich behelfen und das Verhältniß nachher fortsetzen, so kann der Vermiether in dem Falle nicht widersprechen, wenn ihm eine Schuld beizumessen ist; wäre ein Zufall die Veranlassung, so würde freilich der Vertrag ganz aufgehoben sein[14]). 3. Für den Miether: a) wenn der Vermiether die Sache noch vor der Uebergabe veräußert, und wenn ihm bei nothwendigem Verkaufe gekündigt wird, wo er schon mit Ende des Quartals, in welchem der Zuschlag erfolgt, abgehen darf[15]); b) wenn die Sache zu dem bestimmten Gebrauche ganz oder größtentheils ohne Schuld des Miethers unbrauchbar wird[16]); c) wenn der Miether einer unbeweglichen Sache unfreiwillig in Umstände kommt, welche ihn an dem fernern Gebrauche hindern, doch nur gegen Zahlung einer halbjährigen Miethe nach Ablauf des Quartals, in welchem gekündigt worden ist, oder gegen Stellung eines annehmlichen Untermiethers[17]); d) wenn der Miether einer Wohnung Untermiether aufnehmen und der Vermiether ohne Nachweis eines er-

---

11) §§. 388—390 das. — L. 9, §. 1 D. locati; L. 25, §. 4 D. sol. matrim. (XXIV, 3). Auch eine Ehefrau ist den von ihrem Ehemann über ihr eingebrachtes Grundstück geschlossenen Miethskontrakt, nach getrennter Ehe, fortzusetzen nicht verpflichtet. Pr. 770, v. 14. Dezbr. 1839.

12) §. 387 a. a. O. — L. 3 C. locati (IV, 65). Die Verwendung der Sache zu einem andern als dem im Vertrage ausdrücklich bestimmten Gebrauche begründet die Entsetzung des Miethers oder Pächters, wenn auch eine Beschädigung der Substanz der Sache nicht zu besorgen ist. Pr. 1039, v. 30. Aug. 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 147).

13) §§. 363—365 das. L. 3 C. eod.; L. 30 pr., L. 35 pr. D. eod. — Entsch. des O. Tr. Bd. III, S. 18; Bd. XIV, S. 282.

14) I, 5, §. 364. S. jedoch die Entsch. des O. Tr. III, 18. Dagegen aber m. Beurtheilung der Entsch. S. 131.

15) A. L. R. I, 21, §§. 357, 361, 362, 354.

16) §. 383 a. a. O. Vergl. L. 25, §. 2, L. 27 pr., L. 60 pr. D. eod.

17) §§. 376—379 das. Freiwillige Versetzung eines Beamten ist kein solcher Umstand.

heblichen Grundes, nämlich daß der einzunehmende Untermiether ein unehrbares oder ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibt, nicht einwilligen will[18]). Doch gilt dies nicht, wenn in dem Kontrakte ausgemacht ist, daß das Miethsrecht keinem Andern abgetreten werden darf[19]).

B. Landgüter-Pacht.

v. Thumb, geschichtl., staats- und privatrechtliches Handbuch über Pacht- und Verpachtungsverträge. Wiesbaden, 1822. — v. Honstedt, die Verpachtung der Landgüter in ihrem ganzen Umfange, oder der Pachtanschlag, der Pachtkontrakt und die Pachtübergabe, mit Hinweisung auf die Grundsätze des Gemeinen auch Preuß. Landrechts, praktisch erörtert. Hannover, 1837. Dazu Göttinger gel. Anz. 1837, S. 761. — Buddeus, die Zeitpacht größerer Landgüter. Magdeburg, 1838.

§. 700.

1. Eingehung.

Pachtverträge über ganze Landgüter wie über einzelne Aecker müssen ohne Rücksicht auf den Belauf des jährlichen Pachtgeldes schriftlich, bei einem Pachtgelde von 200 Thalern an aber, wenn der Gegenstand ein ganzes Landgut ist, gerichtlich oder notariell geschlossen werden[1]). Die Form dient hier nicht bloß zur Beglaubigung, sondern ist Bedingung der Gültigkeit des Vertrags. Daher kann aus einer Pachtpunktation unter Privatunterschrift weder auf gerichtliche Vollziehung noch auf Erfüllung geklagt werden, nur die hinzugetretene Uebergabe des gepachteten Gutes macht ihn auf Ein Jahr verbindlich[2]). Gleichwohl sollen öffentliche Behörden und Anstalten, welche mit einem rechtserfahrenen, zur Justiz oder doch zum Protokollführen verpflichteten Syndikus versehen sind, die Pachtverträge, welche sie über die unter ihrer Verwaltung stehenden Landgüter eingehen, vor sich selbst mit Zuziehung des Syndikus, auch Seitens des Pächters, vollziehen lassen können[3]).

---

18) §§. 310—312 das. — Vergl. wegen der Form die Note 10 zu §. 698.

19) Angen. vom III. Senat des O. Tr. am 19. Januar 1849, in Sachen Louis c. Löff, $^{721}/_{2860}$ III, 48.

1) §§. 401, 403, 407 a. a. O. — Anh. §. 57. S. o §. 554.

2) Plen.-Beschl. (Pr. 48) v. J. 1834 und Pr. 527 v. 1. Oktober 1838 (Entsch. IV, S. 117).

3) Anh. z. A. L. R. §. 57. A. G. O. II, 2, §. 7. Die Bedeutung der Form ist bei dieser Bestimmung nicht im Bewußtsein gewesen, die Beglaubigung

Durch stillschweigende Fortsetzung der Pacht wird der Kontrakt in der Regel auf ein Jahr verlängert[4]), und dieser verlängerte Kontrakt nimmt durch Ablauf der Zeit, ohne Kündigung, sein Ende[4a]).

§. 701.

2. Verbindlichkeiten des Verpächters.

I. Die Hauptverbindlichkeit ist die Uebergabe des Guts nebst Zubehör. Dabei sind die Pachtungen nach einem Anschlage von Denen in Pausch und Bogen zu unterscheiden. 1. Bei der erstern Verpachtungsart müssen die Grundstücke und Nutzungsrechte nach dem angegebenen Maße und nach der genannten Zahl übergeben werden, oder das Pachtgeld wird nach Verhältniß des Fehlenden herabgesetzt[5]); für angegebene Beschaffenheit und Güte der Grundstücke wird nur im Falle des bösen Vorsatzes gehaftet, für den von Industrie und Zufall abhangenden Ertrag niemals[5a]). Auch die angeschlagenen nutzbaren Gerechtigkeiten müssen verschafft und das Ganze muß in einem brauchbaren und nutzbaren Zustande übergeben werden[6]). 2. Ist ohne Anschlag (in Pausch und Bogen) gepachtet, was auch dann der Fall ist, wenn zwar ein Anschlag vorkommt, aber nur der Beschreibung wegen: so hat der Verpächter nur das Gut nebst Zubehör zu übergeben, ohne daß wegen Minderzahl im Maße der Aecker u. s. w. eine Herabsetzung stattfindet; desgleichen gelten Hebungen und nutzbare Gerechtigkeiten, welche der Kontrakt nicht ausnimmt, für mitverpachtet; aber zur Herstellung der verfallenen Gebäude und verwüsteten Aecker rc. hat der Verpächter, wenn der Pächter den Zustand kannte oder kennen mußte, keine Verbindlichkeit (Note 6). 3. Die zur Bewirthschaftung bisher benutzten beweglichen Sachen (Inventarienstücke) gelten in beiden Fällen

---

ist mit der Verbindlichmachung verwechselt. M. s. das, dem Anh. §. 57 zum Grunde liegende, R. vom 13. Febr. 1791 (Rabe, Bd. IV, S. 26).

4) §. 328 d. T. Ausnahmen: §§. 329—331 d. T. Auch ein ursprünglich nur mündlich eingegangener und durch die Uebergabe auf ein Jahr gültig gewordener Pachtkontrakt kann stillschweigend verlängert werden. S. o. Note 7 zu §. 697.

4a) Nämlich nach der Jurisprudenz des O. Tr. S. o. Note 4 zu §. 699.

5) §§. 425—428 d. T. — Vergl. o. Note 7 zu §. 698.

5a) §§. 432, 429, 430 a. a. O.

6) §§. 408—412, 275, 276 das. — Vergl. L. 19, §. 1 D. locati.

für mitverpachtet und müssen nach einem Verzeichnisse geschätzt übergeben werden; sonst wird bei der künftigen Rückgabe angenommen, daß alles zur ordentlichen Bewirthschaftung Erforderliche im mittelmäßigen Zustande vorhanden gewesen und wirklich übergeben worden sei[7]). II. Während der Dauer der Pacht hat der Verpächter dem Pächter den rechtlich und thatsächlich ungehinderten Genuß zu gewähren (frui licere praestare) und für die Entziehung den Zins verhältnißmäßig nachzulassen[8]). 1. Bei der Pachtung nach einem Anschlage gehen im Falle der theilweisen rechtlichen Entziehung die dafür angeschlagenen Einkünfte von der Pacht schlechthin ab; bei der Pachtung in Pausch und Bogen wird das Pachtgeld nach Verhältniß des geschmälerten Ertrags zu den durchschnittlichen Nutzungen der letzten 3 Jahre vor dem Ausfall ermäßigt, dabei jedoch für ausfallende fixirte Hebungen nichts ersetzt[9]). Zur Sicherung der Forderung auf Remission ist jedoch nöthig, daß der Pächter dem Verpächter den Mangel noch vor Ablaufe des Jahres, in welchem derselbe sich hervorgethan hat, anzeige[10]). Ist die Anzeige in dieser Zeit gemacht, so kann der Pächter bis zum Ablaufe der ordentlichen Verjährung klagen, wann er will; ist die Anzeige bis zur Rückgewähr verschoben, so wird er nicht weiter gehört; ist sie in der Zwischenzeit gethan, so ist die Forderung an sich zulässig, der Pächter muß aber den Einwand, daß er dem Verpächter durch sein Stillschweigen die Mittel zur Beseitigung oder Minderung der Mängel entzogen habe, gelten lassen, wodurch möglicher Weise die Forderung ganz beseitigt werden kann[11]). 2. Aus der Verbindlichkeit des Verpächters, daß

---

7) §§. 415—417, 119, 120 a. a. O. — L. 19, §. 2 D. eod.

8) §. 419 das. — L. 9 pr., L. 7 D. eod. — Vergl. o. §. 561 Note 10.

9) §§. 420—424, 431 das. — Oeffentliche Abgaben, welche einem Pachtgrundstücke nach abgeschlossenem Pachtkontrakte auferlegt worden, sind als Schmälerungen des Nutzungsrechts anzusehen, die dem Pächter einen Anspruch auf Vergütung geben. Pr. 311, v. 24. Juli 1837 (Entsch. II, 326).

10) §§. 623—625 das. — Ob darunter das Kalendenjahr, oder das Wirthschaftsjahr, oder das von Zeit der Entdeckung an laufende Jahr, oder das Pachtjahr zu verstehen, ist ungewiß. Das O. Tr. hat das Pachtjahr angenommen, Plenarbeschluß (Pr. 1440), vom 28. Mai 1844 (Min. Bl. 1844 S. 188 und Entsch. X, 33). Dabei kann es jedoch kommen, daß wenn die Entdeckung erst in den letzten Tagen gemacht wird, der Pächter, weil er vor Ablaufe des Jahres die Anzeige unmöglich noch bewerkstelligen kann, um sein Recht kommt, was unvernünftig sein würde. Recht der Ford. §. 350, II.

11) Die Auslegung ist streitig; Einige wollen die Forderung bei unterlassener Anzeige innerhalb des Jahres gar nicht mehr zulassen. S. jedoch Recht

er auch für die thatsächliche Verhinderung des Pächters im Fruchtgenusse einzustehen hat, d. h. daß er während der ganzen Pachtzeit den Gebrauch und die Benutzung der Sache vorleisten muß, wenn er Gegenleistung fordern will, folgt die Regel, daß, wenn bei Pachtungen durch Unfälle (vis major) die Benutzung entzogen wird, der Pächter, insoweit solches geschehen, Pachtgeld zu zahlen nicht schuldig ist, gleichwie der Miether kein Miethgeld zahlt, wenn er an dem Gebrauche der Sache zufällig verhindert wird [12]). Im Allgemeinen erkennt auch das A. L. R. diesen Grundsatz und dessen Folgen an [13]); allein bei der Landgüterpacht ist der innere Zusammenhang der Rechtsverhältnisse zerrissen durch den für den Fruchterwerb beliebten Grundsatz [14]), der der rechtlichen Natur der Pacht- und Miethsverträge (§. 673) dergestalt widerstrebt, daß folgerecht die Remission des Pachtzinses wegen aller und jeder Unfälle, die nach der Aussaat eintreffen, an sich ausgeschlossen sein müßte. Indeß hat man um des bloßen Prinzips willen die Remission für solche Fälle doch nicht absprechen, dabei aber gleichwohl das Prinzip selbst aufrecht erhalten wollen. Man hat daher eine Anzahl von auf vermeintlicher Billigkeit beruhenden Sätzen, ohne Zusammenhang in sich und mit den allgemeinen Rechtsregeln, zusammengestellt, wodurch dem Pächter für gewisse durch Zufall veranlaßte Verluste eine Anzahl ganz verschiedenartiger Forderungen zugesprochen wird, welche theils wirkliche Remissionsforderungen, theils Entschädigungsforderungen für verlorenes Eigenthum, theils Kontraktsforderungen für Kosten, Abgaben und dergleichen Verwendungen sind [15]). Hat der Pächter die Unglücksfälle übernommen, so fällt jede Remissionsforderung weg; die all-

---

der Ford. Bd. III, S. 777. Auch das O. Tr. ist nach dem Plenarbeschl. vom 28. Mai 1844 meiner Meinung. (Entsch. Bd. X, S. 33).

12) L. 15, §§. 2, 3, 5, 7; L. 25, §. 6 D. locati. — L. 8, 12 C. eod.

13) §§. 299—307 a. a. O. S. o. §. 698, II.

14) Der Pächter hat das Nutzungsrecht I, 21, §§ 1, 22, 227, 259. Der Nutzungsberechtigte wird Eigenthümer der Früchte durch deren Entstehung, also mit dem Anfang der Entwickelung der Keimkraft. I. 9, §. 221. Den Zufall trägt der Eigenthümer (§. 466), folglich hat der Pächter als Eigenthümer den Verlust der Erndte zu tragen, d. h. er muß den ganzen Pachtzins bezahlen, wenn er auch gar keine Nutzung aus Zufall hat. Das paßt nun aber nicht auf Miethes- und Pachtverträge, wobei nicht natürliche Früchte vorkommen, und doch soll da Remission eintreten. S. die vor. Note.

15) Die positiven Einzelheiten s. m. §§. 478—508, 518 flg., 585—596 a. a. O. — Burchhardi, die Lehre von den Remissionen bei Pachtverträgen; in der jur. Zeitschr. 1835, Nr. 36, 37.

gemeine Uebernahme begreift jedoch nicht die Kriegsschäden, und die Uebernahme auch der Kriegsschäden im Allgemeinen bezieht sich nicht auf solche, von welchen die Sache selbst (die Substanz) betroffen wird[16]). 3. Der Verpächter hat ferner während der Pachtzeit die durch Unglücksfälle eingehenden Gebäude und Inventarienstücke wieder herzustellen[17]). III. Nach Beendigung der Pacht hat der Verpächter dem Pächter zu leisten: 1. Ersatz für alle nothwendigen Kosten und Verwendungen, soweit sie nicht dem Pächter obgelegen haben[18]); 2. Erstattung der nützlichen Verwendungen, wenn die Pacht ohne Schuld des Pächters vor der Zeit geräumt werden muß, soweit die Verbesserungen bei der Rückgabe noch vorhanden sind[19]); 3. Ersatz für den in Folge der versäumten Erfüllung seiner Verbindlichkeiten während der Pachtzeit dem Pächter entstandenen Nachtheile[20]).

§. 702.

3. Verbindlichkeiten des Pächters.

I. Außer der gehörigen Zahlung des Pachtzinses und der allgemeinen Verbindlichkeiten eines Pächters liegt ihm während der Pachtzeit ob: 1. das Gut ordentlich und vertragsmäßig zu bewirthschaften und gegen fremde Eingriffe zu beaufsichtigen[1]); 2. alle zufällig nöthig werdenden Reparaturen an Gebäuden, Gräben, Wegen, Brücken, Dämmen, Einhegungen u. s. w. ohne Vergeltung zu bewirken, soweit sie bloß mit den Gutsmaterialien und durch die Arbeiten des Gesindes und der Dienstleute auszuführen sind und deshalb der Wirthschaftsbetrieb nicht unterbrochen werden muß; auch in demselben Maße bei andern dem Verpächter obliegenden Reparaturen zu helfen[2]); 3. Stroh und andere Düngungsmaterialien nicht zu verkaufen, den übernommenen Viehstand zum

---

16) §§. 590, 591, 594 a. a. O. — L. 8 C. eod.

17) §§. 524, 460—466 das. Nicht auch das, was durch Alter und Gebrauch eingeht.

18) §§. 553—596, 282, 455—465 das.

19) §§. 283—286 a. a. O. Dieser Fall tritt namentlich ein, wenn das Gut nothwendig subhastirt wird und der Pächter räumen muß. §. 355, 360 d. T.

20) §. 525 ebendas. Ist nur eine Anwendung dieses Satzes.

1) §§. 433, 434—439, 445, 446, 449, 450 a. a. O. — L. 25, §. 3 D. eod.

2) §§. 440—447 a. a. O.

Nachtheil der Düngung nicht zu vermindern [3]). II. Bei der Rückgewähr, welche nach eben dem Anschlage und Inventario, nach welchem die Uebergabe geleistet worden, geschehen muß, hat er 1. die Inventarienstücke in der empfangenen Sorte nach Zahl und Güte zurückzugeben, und kann nicht fordern, daß Stücke einer Sorte für fehlende Stücke einer andern Sorte zurückgenommen, noch daß mehr als ihm übergeben worden gegen Vergütung angenommen werden. Ist ohne Taxe übergeben worden, so genügt ein brauchbarer Zustand der Stücke; der Verpächter hat aber die Auswahl, wenn mehr vorhanden als zurückzugeben sind, daher vor Beendigung der Uebergabe keine Inventarienstücke weggeschafft werden dürfen; was fehlt muß in Natur ersetzt werden [4]). Rohe, aus dem Gute herkommende Wirthschaftsvorräthe und den aus dem Gute gewonnenen Dünger muß der Pächter gegen bloße Erstattung der Auslagen zurücklassen [5]). 2. An Feldern müssen, wenn kein Uebergabe-Verzeichniß vorhanden ist, nach welchem sonst zu retradiren, diejenigen Stücke, welche nach der bestehenden Feldereintheilung für das Jahr zu bestellen gewesen, in ordentlicher wirthschaftlicher Kultur zurückgeliefert und für angeblich bessere Bestellung kann nichts gefordert werden [6]). 3. Was hiernach nicht geleistet worden ist, muß der Pächter nach Maßgabe seiner Verschuldung ersetzen. Von der Regel über die Haftung für Versehen (§§. 468, 469) gelten hier zwei Ausnahmen: a) Der Pächter muß die Kosten der größeren Reparaturen tragen, die durch sein auch nur geringes Versehen erforderlich werden [7]). b) Bei dem Inventarium trägt er in Ansehung einzelner Stücke, als Nutznießer eines Begriffsganzen, den Zufall, ausgenommen die ungewöhnlichen (§. 140 a. E. u. 466) Unglücksfälle, wie Seuchen und Brand [8]).

---

3) §§. 451, 452 das. — Ed. v. 14. Septbr. 1811 (G. S. S. 303).

4) §§. 597, 605—609 a. a. O. Nach dem Grundsatze §. 597 muß auch die Zurückgabe eines Karpfenbesatzes erfolgen, und es findet darauf die Vorschrift des §. 610 d. T. keine Anwendung. Pr. 238, v. 17. April 1837.

5) 601—604 das. Ungedroschenes Getreide und Bodenbestände können nicht als Wirthschaftsvorräthe dem abgehenden Pächter ohne Vergeltung vorenthalten werden. Ob davon an Körnern etwas zurückzulassen, muß aus einem andern Grunde folgen.

6) §§. 610—621 das. — S. o. Note 4.

7) §. 441 das. Weil er ein Interesse dabei hat, die Reparaturen durch Versäumung der ihm obliegenden kleinen Ausbesserungen groß werden zu lassen. Suarez Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 68.

8) §§. 453 flg. 471 a. a. O. — S. o. §. 93 Nr. 2, Bd. I, S. 217. Der juristische Grund ist, daß bei einem Begriffsganzen erst Das, was nach Herstel-

§. 703.

4. Besonderheiten bezüglich auf die Beendigung.

I. Die Entstehung eines Krieges ist ein besonderer Grund zum einseitigen Rücktritte für jeden Theil, mit dem Ende des Wirthschaftsjahres, nach vorheriger Aufkündigung; von Dieser muß aber binnen Sechs Wochen von dem Tage an, wo die Ausschreibungen in der Provinz wegen zu leistender Kriegslasten geschehen sind, Gebrauch gemacht werden [9]). II. Die unwirthschaftliche Verwaltung in solchem Grade, daß ein erheblicher Schade für die Substanz des Guts zu besorgen ist (Mißbrauch), ist kein Grund zum sofortigen Rücktritt für den Verpächter, sondern berechtigt ihn nur, erst mit Ablauf des Wirthschaftsjahres zurückzutreten und bis dahin das Gut für Rechnung des Pächters gerichtlich verwalten zu lassen (Arrestschlag, Sequestration) [10]).

§. 704.

C. Viehpacht.

A. L. R. I, 21, §§. 414, 415. — **Malblanc**, de locatione conductione pecoris. Tüb. 1808. — Huck, die Viehverstellung; in Reyscher und Wilda's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. V, (Leipzig, 1841) S. 226 flg.

I. Auf die Unterbringung und Verpflegung des Viehes bezieht sich eine Anzahl von Verträgen, welche im Allgemeinen darin bestehen, daß der Eine dem Andern Vieh zur Wartung und Pflege gegen Vergeltung anvertraut. Der Zweck unterscheidet dieses unter dem Namen Viehverstellung bekannte Geschäft von der Vermiethung eines Thiers. Es giebt mehrere Varietäten der Viehverstellung, deren Grenze auf der einen Seite die reine Viehpacht ist und auf der Andern sich der reinen Dienstmiethe anschließt. In der Mitte liegen verschiedenartig zusammengesetzte Innominatkontrakte. Die bekanntesten Spielarten sind folgende: 1. Der Ein-

---

lung und Vervollständigung des Stammes vom Zuwachs übrig bleibt, Früchte sind. Recht der Ford. §. 353, Bd. III, S. 796 ff.

9) I, 21, §§. 553—558.

10) §§. 477, 599, 600 das. — Vergl. das Pr. des O. Tr. 1039, o. N. 12 zu §. 699.

steller (Uebernehmer) erhält den Gebrauch und die Nutznießung der Thiere und giebt dafür, neben der Wartung und Pflege, noch einen Zins in Gelde und wol auch in gewissen Naturalien. 2. Der Einsteller erhält für seine Leistungen einen bestimmten Lohn. In dieser Form ist das Geschäft ein reiner Dienstkontrakt, wird aber bisweilen dadurch modifizirt, daß der Einsteller zugleich seine Stallung und auch seine Weide hergiebt und dafür gewisse Nutzungen, z. E. den Dünger, erhält. 3. Der Einsteller nimmt Muttervieh in seine Heerde zur Befruchtung auf und erhält dafür den Dünger und noch andere Leistungen. 4. Der Einsteller erhält sämmtliche Nutzungen und giebt dafür an den Versteller gewisse nach Maß und Zahl oder nach Quoten bestimmte Früchte. 5. Der Versteller (Eigenthümer) behält das Vieh in seiner Stallung, giebt das Futter für das Vieh und auch wol noch andere Naturalien und Nutzungen zum Unterhalte des Einstellers, und überläßt ihm, außer dem Dünger, sämmtliche Nutzungen, wogegen Dieser, außer der Pflege, Wartung und Hütung, einen Geldzins und daneben auch wol Naturalien in Früchten und daraus gewonnenen Produkten giebt. II. Diese letzte Art ist mit der Landgüterpacht von selbst verbunden, wenn das Vieh nicht ausgenommen ist. Der Eigenthümer hat dann weiter nichts zu leisten, und die Leistungen des Pächters sind in dem Pachtgelde begriffen. In Beziehung auf den zufälligen Abgang gilt die schon für das Inventarium überhaupt vorgeschriebene Regel: der Viehstand, wenn er als ein Inbegriff von Sachen behandelt wird, muß alljährlich aus dem Zuwachs wieder erneuert und beziehlich ergänzt werden; Nutzungen sind erst der Ueberschuß, und der Abgang. Daraus folgt, daß der gewöhnliche Abgang, wie man gewöhnlich aber nicht richtig sagt, von dem Pächter getragen werden muß[11]); die Regel ist eine bloße Anwendung des von der Nutznießung geltenden Grundsatzes, daß die Substanz der Sache unversehrt bleiben muß. Aus der Regel folgt aber auch, daß der Nutzungsberechtigte nicht die durch höhere Gewalt veranlaßten Verheerungen und Verwüstungen an der Substanz zu tragen hat[12]). Eine Ausnahme gilt von Schafheerden bei Schafsterben: der Pächter soll hier das Erste und Dritte für seine

11) S. o. Note 8. — Vergl. L. 68, §. 2, L. 69, L. 70, §§. 1—5, L. 18 D. de usufr. (VII, 1).

12) I, 21, §§. 455, 466, 468, 469.

Rechnung verlieren, und die Lämmer, die noch nicht eingereihet sind, verliert der Pächter allein[13]). Ist in dem der Pachtung zum Grunde liegenden Anschlage auf außerordentliches Schafsterben gerechnet, so gilt Das für eine Uebernahme aller Unglücksfälle in Beziehung auf die Schafheerde, und wenn der Pächter überhaupt den Viehstand ausdrücklich als eisern übernommen hat, so trägt er die durch ungewöhnliche Unfälle verursachten Verluste ebenso als wenn er dieselben zu tragen ausdrücklich erklärt hat[14]). III. Wird bei einer selbstständigen Viehverpachtung der Pächter durch Unglücksfälle in der Benutzung ganz oder theilweise gestört, so tritt, nach der allgemeinen Regel, verhältnißmäßiger Erlaß des Pachtgeldes ein, es müssen aber auch die übrigen dem Viehpächter angewiesenen Nutzungsrechte dem Verpächter zurückgegeben oder vergütet werden[15]).

§. 705.

D. Mühlenpacht.

Dabei gelten, außer den Regeln von der Miethe und Pacht überhaupt, noch folgende besondere Bestimmungen: 1. Der Pächter hat für gar keine Reparaturen zu sorgen, muß aber dabei mit seinen persönlichen Diensten und technischen Kenntnissen unentgeltlich helfen[16]). 2. Er kann Nachlaß an der Pacht fordern, wenn die Mühle länger als 14 Tage aus Ursachen, die nicht im gewöhnlichen Laufe der Natur mit Rücksicht auf die Gegend und Beschaffenheit der dortigen Gewässer u. s. w. liegen, stillstehen muß[17]). Sind zugleich andere Realitäten und Nutzungen mit verpachtet, so wird der Ertrag davon auf den Erlaß verhältniß-

---

13) §§. 456, 457 das. Die Bestimmung bezieblich auf die Lämmer ist regelrecht, im Uebrigen ist die Vorschrift eine Anomalie. Ueber die Rechnung in dem Falle, wenn eine unabgesonderte Ueberzahl vorhanden: §§. 472, 473 das.

14) 458, 475, 476 a. a. O. Die Uebernahme nach einer Taxe ist noch keine Erklärung in diesem Sinne, weil die Taxe verschiedene Zwecke haben kann. L. 10, §. 6 D. de jure dot. (XXIII, 3).

15) §§. 514, 515 a. a. O.

16) §. 448 das. Die Bestimmung setzt einen handwerksmäßig ausgebildeten Müller voraus, der die Müllerprofession versteht und persönlich betreibt. Das trifft bei vielen Mühlenpächtern nicht zu.

17) §§. 533—539, 552; 540—546, 551 a. a. O. — Ed. v. 28. Oktbr. 1810 §. 2.

mäßig abgerechnet; und wenn von mehreren Gängen nur ein Theil hat stillstehen müssen, so findet Erlaß nur soweit statt, als der Zins durch den arbeitenden Theil nicht hat eingebracht werden können, weshalb der Müller in diesem Falle Rechnung legen muß, wenn er Nachlaß fordert [18]).

E. Verdingungskontrakt.

§. 706.

1. Dienstkontrakt.

A. L. R. I, 11, §§. 894–924. — §§. 187–195.

Unter den Dienstverhältnissen ist Eines, welches, vermischt aus obligatorischen Rechten und solchen Befugnissen, die aus Zustandsrechten folgen, den Uebergang vom Forderungenrecht zum Familienrechte bildet: das Gesindeverhältniß. Man hat die Wahl, wo man Es anreihen will; jeden Falls muß aber da, wo Es vorgetragen wird, Vieles aus dem andern Theile des Rechtsstoffes, dem das Verhältniß vermöge seiner zusammengesetzten Natur mit angehört, herübergezogen werden. Will man Es im Forderungenrechte vortragen, so ist dazu hier die Stelle; da jedoch die zustandsrechtlichen Befugnisse in manchen Beziehungen vorherrschend sind und das Gesinde auch ausdrücklich mit zur häuslichen Gesellschaft gerechnet wird *), so wird dieses Verhältniß dem folgenden Buche zugewiesen. Die Dienstverhältnisse also, wovon hier Rede ist, sind solche, wo kein Theil einer besondern Botmäßigkeit des Andern unterworfen ist. I. Verträge, wodurch der Eine sich verpflichtet, dem Andern gewisse Dienste oder Arbeiten gegen einen bestimmten Lohn, durch eine gewisse in sich oder beziehlich bestimmte Zeit, zu verrichten, müssen schriftlich eingegangen werden [1]). II. Die Verbindlichkeit des Vermiethers ist 1. hauptsächlich die sorgfältige Verrichtung des versprochenen Dienstes nach der Vorschrift und nach dem Zwecke, und zwar in Person, wenn der Dienst nicht fungibel ist, und mit Bestreitung der dazu erforderlichen Ausgaben [2]), und 2. nebenbei Ersatz für Versäumnisse,

---

18) §§. 547, 549, 550 a. a. O.

*) I, 1, §. 4.

1) I, 11, §. 877; II, 5, §. 188. — S. o. §. 550.

2) §§. 895, 922, 900, 901 a. a. O. — L. 35, §. 3, L. 60, §. 8 D. locati; L. 31 D. de solut. (XLVI, 3).

Vernachlässigungen und Beschädigungen aus Ungeschicklichkeit. Von der allgemeinen Regel über Haftbarkeit für Versehen (§§. 468, 469) gelten hier zwei Ausnahmen, in welchen der Arbeiter schon für ein geringes Versehen steht, nämlich: a) wenn er wider die Vorschrift handelt, und b) wenn er ein Kunstverständiger ist und ihm nicht eine gewisse Art der Verrichtung vorgeschrieben wird [3]). Im Falle der Dienstverweigerung findet persönlicher Zwang statt, wenn der Miether nicht vorzieht, sein Interesse zu fordern, oder den Dienst auf Kosten des Andern durch einen Dritten verrichten zu lassen [4]). 3. Wird die Verrichtung abgebrochen a) durch Schuld des Vermiethers: so erhält er an Lohn nur soviel wie das Gethane dem Miether nützt, und wenn für den Miether kein Nutzen bleibt, muß er ihn schadlos halten; b) durch Zufall: so erhält der Arbeiter, wenn das Geleistete zu gebrauchen ist oder die Unbrauchbarkeit in der Fehlerhaftigkeit des vom Miether gegebenen Stoffs liegt, seinen vertragsmäßigen Lohn; ist es sonst nicht zu gebrauchen, so erhält der Arbeiter nichts, weil er dem Miether nichts geleistet hat [5]). Hat der Arbeiter fungible Sachen als solche zur Verarbeitung erhalten, so trifft ihn als einen debitor generis der Zufall (locatio conductio irregularis s. anomala). III. Der Miether hat den Lohn erst nach der Verrichtung oder, wenn nach Zeitabschnitten verdungen ist, nach Ablaufe der Zeit, in diesem Falle auch dann, wenn er von dem Dienste keinen Gebrauch gemacht hat, zu zahlen; ihm kommt aber dabei zu gut, was der Vermiether während der unbenutzten Zeit erspart oder sonst verdient hat [6]). IV. Das Verhältniß hört auf: 1. mit Ablaufe der bestimmten Zeit [7]); 2. durch einseitigen Rücktritt: a) von Seiten des Miethers, wenn es an dem Vermiether liegt, daß die Verrichtung nicht zur bestimmten Zeit beginnt oder gehörig fortgesetzt oder wenn überhaupt die Leistung verweigert wird [8]);

---

3) §§. 899, 898, 921—923 a. a. O.

4) §. 904 a. a. O. V. v. 4. März 1834, §. 9. Anders nach L. 13, §. 1 D. de re jud. (XLII, 1), wegen der Regel: nemo praecise cogi potest ad faciendum.

5) §§. 913—917, 919, 959 a. a. O. — L. 13, §, 1 D. de re jud. (XLII, 1); L. 15, §. 6 D. locati (XIX, 2); L. 13, §. 1, L. 33 D. eod.

6) §§. 909, 910, 912, 918 a. a. O. — L. 38 pr., L. 19 §§. 9, 10 D. eod.

7) §§. 905, 906 a. a. O. Einer Kündigung bedarf es hier nicht.

8) §§. 907, 913, 894, 878 das.; I, 5, §. 408.

b) von Seiten des Vermiethers, wenn die Verrichtung durch Zuthun des Miethers unterbrochen wird[9]; 3. durch zufällige Verhinderung[10]. Wegen enormer Verletzung findet weder Anspruch noch Rücktritt statt[11].

§. 707.

2. Verdingung eines Werks.

A. L. R. I, 11, §§. 925—980. — **Willenberg**, de opere conducto; in ej. select. jurisprud. civ. P. II, exercit. XLII.

Ein Vertrag, wodurch der Eine, welcher nothwendig ein Kunstverständiger sein muß[1], verspricht, ein gewisses Werk zu verfertigen und als ein Ganzes gegen Vergeltung dem Andern zu überliefern, heißt Verdingungskontrakt. Der Unterschied zwischen ihm und der Dienstmiethe liegt wesentlich darin, daß der Unternehmer (der Werkmeister) nicht seine Dienste als solche vermiethet, so daß die Ausführung des Werks oder Baues als eine Reihe einzelner, selbstständiger, in sich vollendeter Leistungen angesehen werden könnte; sondern daß er dem Besteller Plan, Gelegenheit und Mittel, ein Werk nach seiner eigenen Leitung zu verfertigen, abmiethet und ihm die neugeschaffene Sache gegen Vergeltung zu übergeben verspricht[1a]. Die Art der Preisbestimmung ist unwesentlich: es kann von Anfang eine bestimmte Summe für das Ganze ein für alle Mal festgesetzt werden; die Bestimmung des Preises kann auch nach gewissen Maßeinheiten (in pedes mensurasve)[2], oder nach Tagen (in dies singulos)[3],

---

9) §§. 910, 911 a. a. O. Schwerlich liegt hier der Rücktritt im Interesse des Arbeiters, da er auf die Zeit der Unterbrechung für die Liegetage seinen Lohn fordern kann. §. 910 d. T.

10) §§. 908, 909, 912, 917 a. a. O.

11) §§. 876, 926 das. Den leitenden Grundsatz s. o. §. 673, I, 3.

1) §§. 966, 967 d. T. Sonst können die Grundsätze über dieses Rechtsgeschäft nicht zur Anwendung kommen. Pr. des Otr. 35, v. J. 1832.

1a) Dieses will der §. 925 d. T. mit dem „in Pausch und Bogen" sagen, der Ausdruck bezieht sich nicht auf die Preisbestimmung; denn diese kann sogar fehlen. §. 942 das. — Pr. 35, v. 1832.

2) L. 30, §. 3; L. 36 D. locati (XIX, 2).

3) L. 51, §. 1 D. eod. Diese Preisbestimmung ist bei Bauen sehr gewöhnlich. Der Unternehmer berechnet für jeden von ihm angestellten Arbeiter das übliche Tagelohn mit Hinzurechnung seines s. g. Meistergroschens.

soviel nämlich deren zur Vollendung des Ganzen erforderlich sein werden, geschehen, so daß sich durch die Summe der Preis des Ganzen bestimmt, wobei dann die Verabredung, daß der Preis nach und nach, wie das Werk vorschreitet, bezahlt werden soll, bloß eine Zahlungsmodalität enthält und keineswegs den Verdung in eine Dienstmiethe umändert; es kann selbst die ausdrückliche Preisverabredung fehlen, was so verstanden wird, daß der Preis durch einen Dritten (Sachverständige, Richter) festgesetzt werden werden soll (Note 1 a). Wird dem Werkmeister zugleich die Anschaffung des Stoffs überlassen, so ist das Geschäft ein aus Verdung und Kauf oder Lieferung vermischtes. I. Der Unternehmer muß die Ausführung persönlich leiten [4]) und das Werk zur bestimmten Zeit vollendet übergeben, oder, wenn die Zeitbestimmung fehlt, sogleich anfangen und gehörig fortsetzen [5]). 1. Er haftet, wie bei der Dienstmiethe (§. 706, Note 3), in allen Fällen, wo es auf Sachkenntniß ankommt, für ein geringes Versehen, wenn ihm nicht Vorschriften gemacht sind, und für die Handlungen seiner Leute wie für seine eigenen [6]). Er trägt den Zufall, welchen das Werk vor dessen Vollendung trifft [6a]). 2. Nach der Vollendung wird bei Bauen vermuthet, daß ein Einsturz vor der Uebergabe, oder, im Falle der verzögerten Abnahme, vor dem Uebergabe-Termine durch Fehler (Versehen) des Uebernehmers verursacht worden sei, und der Uebernehmer muß den Zufall, oder daß die Ursache in der fehlerhaften Beschaffenheit der ihm gelieferten Materialien liege, beweisen; nach dieser Zeit muß ihm das Versehen bewiesen werden, und der Anspruch findet überhaupt, wegen fehlerhafter Arbeit nur innerhalb dreier Jahre, und wegen schlechter Beschaffenheit der Materialien während der ordentlichen Verjährung nach der gedachten Zeit statt [7]). 3. Wird das Werk vor der Uebergabe durch Zufall ruinirt, und der Besteller hat die Materialien hergegeben, so muß der Uebernehmer auf Verlangen des Bestellers, wenn ihm neuer Stoff geliefert wird, das Werk von Neuem beginnen; für das Verdorbene kann

4) §§. 927—931 a. a. O. Anders nach L. 48 pr. D. eod., wenn es nicht ausbedungen. L. 31 D. de solut. (XLVI, 3).

5) §§. 933, 934 a. a. O. Auch nicht vor der bestimmten Zeit. §. 935.

6) §§. 954, 956—959, 970, 980 a. a. O. — L. 13, §. 5 D. locati; L. 28 C. eod.

6a) Pr. des Otr. 35 v. J. 1832.

7) §§. 966—969, 936, 939, 965 das. — L. 36, 62, 59, 24 pr., 37 D. eod. — L. 76—79 D. pro socio (XVII, 2).

er nichts fordern, weil der Besteller nur gegen Uebergabe des Werks Zahlung zu leisten hat; hatte der Werkmeister den Stoff gegeben, und kann er bis zur bestimmten Zeit ein neues Werk fertig schaffen oder war die Zeit der Ablieferung nicht bestimmt: so steht es in seinem Willen, ob er abgehen oder ein neues Werk machen will[8]). 4. Wird das Werk bei der Ablieferung für untüchtig erkannt, so muß der Werkmeister nach der Wahl des Bestellers entweder das Werk behalten und die ihm gelieferten Materialien erstatten, oder sich die Herabsetzung des Preises nach Maßgabe der Fehler gefallen lassen[9]). II. Der Besteller hat zur bestimmten Zeit das Werk abzunehmen und gegen Empfang desselben den Preis zu bezahlen[10]). 1. Weder der Besteller, noch dessen Rechtsnachfolger und Gläubiger, können die Auslieferung anders als gegen Zahlung des Preises fordern[11]); daher hat er, wenn man ihm dasselbe wider seinen Willen zur Befriedigung der Gläubiger des Bestellers abgenommen oder ohne Abnahme subhastirt hat, in den Kaufgeldern den Vorzug vor ihnen. 2. Hat er ein unbewegliches Werk freiwillig verabfolgt, so hat er wegen des rückständigen Preises einen Titel zur Hypothek und im Konkurse den Vorzug der Dritten (früher Vierten) Klasse in die Kaufgelder[12]). III. Der Besteller kann einseitig zurücktreten: 1. wenn sich findet, daß der Unternehmer die Kosten zu gering angeschlagen hat[13]), in welchem Falle der Besteller für das Geleistete aufkommen muß; 2. wenn der Uebernehmer nicht prompt erfüllen kann oder will[14]); 3. wenn das vollendete Werk untüchtig ist und bis zur Ablieferungszeit kein neues und tüchtiges geschafft wird[15]).

---

8) §§. 960—964 das. — L. 15 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 33 D. loc.

9) §§. 947, 949—953 a. a. O.

10) §§. 932, 940, 942 das. — L. 51, §. 1, L. 36, 30, §. 3 D. locati. — Zu späte Ablieferung ist kein Grund zum Rücktritt mehr, nachdem der Besteller dem Werkmeister einmal erklärt hat, daß er von der Befugniß zum Rücktritt nicht Gebrauch machen wolle (Entsch. Bd. XIX, S. 151).

11) §. 974 a. a. O. Diese Stelle bezeichnet das Recht des Meisters als Zurückbehaltungsrecht, setzt also voraus, daß der Besteller ohne Uebergabe Eigenthümer werde, was nicht allgemein anzunehmen ist.

12) §§. 972, 973 das. S. o. §§. 367 u. 497, IX.

13) L. 60, §. 4 D. locati. Der Grund ist auch im Pr. R. gültig.

14) §§. 878, 902, 938 a. a. O. S. o. Note 10. Angeblich kontraktswidrig geschehene Leistung ist hier kein Grund zum Rücktritt (Entsch. XIX, S. 151).

15) §. 947 ebendas. Dann bleibt der Unternehmer Eigenthümer der neugeschaffenen Sache.

§. 708.

II. Miethsähnliche Innominatkontrakte.

A. L. R. I, 11, §§. 869—893.

I. Die verschiedenen Innominatkontrakte des R. R. werden alle als Konsensualkontrakte behandelt und erzeugen, wenn die allgemeine Form beobachtet ist, eine Klage auf Erfüllung, ohne daß die nach R. R. dazu erforderliche Leistung Seitens des Klägers voraufgegangen zu sein braucht, wenn das Geschäft miethsähnlich ist; es ist aber auch wegen verweigerter Erfüllung der Rücktritt gestattet[1]). 1. Ist von der einen Seite vollständig erfüllt, und der Andere kann nicht gegenleisten, so hat er, wenn er schuld daran ist, nach Maßgabe seines Versehens Schadloshaltung zu leisten; sonst aber, wenn Zufall die Ursache ist, nach seiner Wahl, den gemeinen Werth der versprochenen Sache oder den gewöhnlichen Lohn der empfangenen Handlung[2]). 2. Ist eine versprochene Handlung nur theilweise geleistet, und der Rest kann nicht geleistet werden, so kann dafür, a) wenn es an einem Zufalle in der eigenen Person liegt, gewöhnliche, b) wenn es an einem Zufalle in der Person des Andern liegt, kontraktmäßige Leistung nach Verhältniß[3]), c) wenn es an eigener Schuld liegt, nur so viel als der Andere bereichert ist[4]), und d) wenn es an der Schuld des Andern liegt, das Interesse nach Maßgabe des Versehens[5]) gefordert werden. 3. Ist die Leistung eine Unterlassung, welcher zuwider gehandelt wird, so kann der Andere, a) wenn die Zuwiderhandlung willkührlich war, Entschädigung nach Verhältniß des Grades der Schuld[6]), b) wenn

---

1) I, 11, §§. 877, 878.

2) §§. 880—882 das. Folgerecht müßte Dem, der geleistet hat, schlechthin die condictio ob causam datorum zustehen.

3) §§. 885—887 a. a. O. Auf ein verdungenes Werk, dessen Vollendung zufällig verhindert wird, finden diese Grundsätze nicht Anwendung. Pr. 35 v. J. 1832. Hierüber s. m. den vorhergehenden §. 707.

4) §§. 883, 884 das. Er hat nur die Bereicherungsklage (§. 642), nicht die Kontraktsklage.

5) §§. 888, 889 das.

6) §. 890 das. Der §. 291 Tit. 5 setzt Vorsatz oder grobes Versehen voraus.

sie gezwungen (zufällig) geschah, Zurückgabe der Gegenleistung fordern; kann die Gegenleistung für die Unterlassung nicht erfolgen, so tritt Entschädigung nach der Größe des Versehens ein [7]). II. Das Rechtsverhältniß, welches zwischen Personen, die zum Dienste für das Publikum von der Staatsgewalt angestellt sind, (Richter, Rechtsanwalte, Notare ꝛc.) und Denjenigen, welche deren Dienst in Anspruch nehmen, dadurch entsteht, hat die rechtliche Natur dieser Art von Verträgen, wodurch sich die Erfordernisse der Klage, wegen Ansprüche daraus, und deren Verjährung bestimmen [8]). (S. u. §. 741).

§. 709.

III. Das Rezeptum der Wirthe und Schiffer.

A. L. R. II, 8, §§. 444—455, 1528—1531, 1734—1738, 2452—2462. — J. Abel, die Gasthöfe und Gastwirthe, wie sie sein sollen, nebst einer Darstellung der Rechte und Pflichten der Gastwirthe und ihrer Gäste nach Preuß. Gesetzen. Berlin, 1825. — Wolters, über die actio de recepto in Bezug auf Gastwirthe als Recipienten, und deren heutige Anwendung in Deutschland. Hamburg, 1804.

I. Wer einen Andern zur Beherbergung gegen Vergeltung aufnimmt, schließt mit ihm einen aus Sach- und Dienstmiethe vermischten miethsähnlichen Kontrakt. Die Regeln über die Haftung aus dem Miethskontrakte sind jedoch für die öffentliche Sicherheit nicht zureichend; das Bedürfniß hat deshalb eine eigenthümliche Kontraktsart erzeugt, wodurch solche Personen, welche die Aufnahme Fremder und Reisender gewerbsmäßig betreiben, gewissermaßen zur Bewachung des Aufgenommenen verbindlich gemacht werden, indem sie für die Gefahr der Beschädigung und des Verlustes haften. Diesen Kontrakt, Rezeptum genannt, gehen Diejenigen, welche öffentliche Anstalten zur Unterkunft

---

7) I, 11, §. 891—893. Der Fall b ist folgerecht behandelt, weil nach den Grundsätzen des L. R. der Zufall den Vertrag aufhebt. S. o. §. 466, II.

8) Die Deklarat. des §. 54, I, 6, v. 31. März 1838, Nr. 2 (G. S. S. 252), wonach die 3jährige Verjährung für Klagen außer dem Falle eines Kontrakts auch auf Entschädigungsansprüche, welche gegen öffentliche Beamte aus ihrer Amtsführung von dritten Personen erhoben werden, Anwendung finden soll, bezieht sich nicht auf diese Verhältnisse. Wer bei einem Notar oder Richter eine Urkunde bestellt, welche aus Versehen desselben fehlerhaft ausgefertigt wird und den Besteller in Schaden bringt, ist keine dritte Person.

Fremder und Reisender halten (Gasthöfe, Herbergen ꝛc. S. o. §. 397, Bd. I, S. 702), durch die Aufnahme einer Person in ihre Anstalt stillschweigend ein. Ausgedehnt ist dieser Grundsatz auf Strom- und See-Schiffer[1]) und auf öffentliche, vom Staate bestellte und besonders privilegirte Landkutscher (Postunternehmer und Eisenbahntransport-Berechtigte [§. 393])[2]), nicht aber auf Privatfuhrleute[2a]) und Fußboten, die zwar im Allgemeinen nach den Grundsätzen von Miethsverträgen, aber in einigen Beziehungen doch strenger beurtheilt werden (§. 414, Bd. I, S. 740). II. Die Verbindlichkeit wird gegründet: a) bezüglich auf Gastwirthe durch die Aufnahme der Person und durch das thatsächliche Einbringen der Sachen, gleichviel, ob sie von Jemand und von Wem im Gasthause angenommen werden[3]); b) bezüglich auf Schiffer, Kahnführer und Landkutscher durch die Ueberlieferung der Sachen an den Schiffer ꝛc. oder dessen Leute, sonst gelten hier nur die Regeln vom Miethskontrakte[3a]); und zwar in beiden Beziehungen nur dann, wenn dabei nicht ausdrücklich andere Bedingungen verabredet worden sind; eine einseitige Erklärung des Wirths ꝛc. nach bereits geschehener Aufnahme, oder die Anweisung eines verschließbaren Behältnisses ändert das alsdann bereits eingegangene Verhältniß nicht mehr[4]). I. Die Verbindlichkeit besteht darin, die eingebrachten Sachen unversehrt zurückzugeben oder Schaden und Verlust zu ersetzen, ohne Unterschied: ob Ver-

---

1) II, 8, §§. 1734 flg. Bezüglich auf Fähren: II, 15, §§. 93—96. — L. 1, §. 4 D. de recepto (IV, 9).

2) §. 2453 a. a. O. — Konklusum der Ges.-Kommiss. v. 25. Febr. 1783 (Klein, Annal. Bd. I, S. 76). Der Satz ist durch die Praxis aufgebracht, aber nach G. R. streitig. Funkhänel, über die Anwendbarkeit der prätorischen de recepto actio auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Postanstalten. Glaucha, 1836.

2a) §§. 2458, 2459 d. T. Wer den Transport von Sachen gegen Lohn übernimmt, ist im Sinne dieser Vorschriften als Privatfuhrmann zu betrachten. Pr. 1648 v. 14. Nov. 1845.

3) §§. 444, 446 d. T. Zur Haftung der Gastwirthe für die Sachen der aufgenommenen Reisenden ist es nicht unbedingt erforderlich, daß dieselben innerhalb der zum Gasthause gehörenden Räumlichkeiten untergebracht worden sind; es genügt, wenn andere Umstände und Verhältnisse vorhanden sind, aus denen, des Verbleibens jener Sachen außer jenen Räumlichkeiten ungeachtet, dennoch die geschehene Aufnahme derselben sich schließen läßt. Pr. 1500, v. 2. Nov. 1844. (Entsch. XI, 367).

3a) §§. 1760, 1761, 2452, 2453 a. a. O. — L. 1, §§. 6—8, L. 4, §. 2 L. 3, §. 1, L. 6 pr. D. eod.

4) §§. 448, 450 a. a. O. — L. 7 pr. D. eod. — Pufendorf, Observat. Tom. IV, obs. 150, §. 5.

sehen des Wirth rc. oder seiner Leute Anlaß dazu gegeben hat oder nicht, selbst wenn ein Dritter die Sachen gestohlen hätte [5]); nur der durch höhere Gewalt und durch Unfälle von Außen her, und der durch eigene Schuld des Andern verursachte Schaden und Verlust sind ausgenommen [6]). 2. In Beziehung auf den Beweis gelten einige Besonderheiten. (S. o. §. 470.) 3. Das Verhältniß wird erst durch den schließlichen Abgang der Person mit ihren Sachen, nicht durch einstweilige Reisen unter Beibehaltung der Räumlichkeit oder Zurücklassung von Sachen, beendigt. 4. Mehrere, welche die Gastwirthschaft gemeinschaftlich treiben, haften in allen Fällen solidarisch [7]). III. Rheder und Fuhrherren, welche nicht auf oder bei dem Fahrzeuge zugegegen sind, desgleichen Gastwirthschaftsunternehmer, die in der Anstalt nicht wohnen, werden zwar durch ihre Leute verbindlich gemacht, können sich jedoch durch Abandonniren befreien [8]).

§. 710.

IV. Der Trödelvertrag.

A. L. R. I, 11, §§. 511—526.

Im Allgemeinen versteht man darunter einen Vertrag, wodurch Jemand übernimmt, die bewegliche [1]) Sache eines Andern zu verhandeln; die besondere rechtliche Natur des Geschäfts aber bestimmt sich erst durch die Gegenleistung und die Modalitäten. Ist dem Uebernehmer kein Vortheil zugesagt und die Besorgung des Verkaufs ohne Zeit- und Preisbestimmung überlassen, oder zwar ein Termin aber kein von ihm zu gewährender Preis bestimmt: so ist das Geschäft ein Auftrag [2]); ist ihm ein Vortheil dabei zugesichert, von ihm aber kein bestimmter Erfolg bis zu

---

5) §§. 444, 1734, 1735 a. a. O. — L. 1, §. 8, L. 2, 3 pr. §. 1, L. 5, §. 1 D. eod.

6) §. 447 a. a. O. — L. 3, §. 1 D. eod.

7) §. 445 das. — Nach L. 7, §. 5 D. eod. und L. 4 pr. §. 1 D. de exercit. act. (XIV, 1) wird unterschieden.

8) §§. 1528—1531, 2454 a. a. O.

1) Betrifft das Geschäft eine unbewegliche Sache, so kann es nur Auftrag oder Mäklervertrag sein. I, 11, §§. 512, 525.

2) §§. 522, 523 a. a. O.

einem gewissen Termine versprochen: so ist der Vertrag Dienstmiethe, wird aber im A. L. R. auch Auftrag genannt [3]). Uebernimmt der Beauftragte mit der Sache die Ausführung des Verkaufs und die Ablieferung einer bestimmten Summe bis zu einem festgesetzten Tage: so ist das Geschäft ein unbenannter Realkontrakt, welchen die Neuern Trödelvertrag, nach dem voraus bestimmten Preise auch contractus aestimatorius nennen [4]). Dadurch wird für den Uebernehmer die alternative Obligation begründet: entweder die Sache mit Früchten und Zuwüchsen, oder den Preis bis zu dem bestimmten Tage zu geben, wobei er, wenn die Sache zurückgegeben wird, für die Verschlimmerungen nach Maßgabe seines Versehens einsteht, wenn er aber die Geldsumme abliefert, den erlangten Ueberschuß für sich behält [5]). Hat der Uebernehmer die Sache nicht angebracht, zahlt aber an dem bestimmten Tage den Preis: so geht das Eigenthum der Sache auf ihn selbst mit Vollziehung der Zahlung über; zahlt er nicht: so steht es in der Wahl des Auftraggebers: ob er die Sache zurück oder den Preis fordern will [6]). Daraus folgt, daß der Auftraggeber seine noch vorhandene Sache, wenn der Andere vor der Preiszahlung in Konkurs verfällt, aus der Masse vindiziren kann [7]).

§. 711.

V. Der Lieferungskontrakt.

A. L. R. I, 11, §§. 981—987. — Hassenpflug, über das Lieferungsgeschäft. Zur Erläuterung des eigentlichen Sinnes der §§. 981—987, Tit. 11, Th. I des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1846. — Dr. Löwenberg, über den

---

3) §. 524 das. Der Auftrag schließt die Belohnung nicht aus. S. oben §. 655.

4) §. 511 das. — L. 1 pr. D. de aestimatoria (XIX, 3).

5) §§. 516, 518 a. a. O. — L. 1, §. 1 D. eod.

6) Auf diese Weise sind die §§. 513 u. 515, der rechtlichen Natur des Verhältnisses völlig angemessen, zu vereinigen. Nach G. R. wird von Einigen sachwidrig behauptet, daß der Uebernehmer schon mit der Uebergabe der Sache an ihn Eigenthümer werde. Gegenstand des Vertrags ist nicht der Verkauf, sondern die Handlung des Uebernehmers, was das A. L. R. §. 511 ganz richtig in die Begriffsbestimmung aufnimmt.

7) §§. 520, 521 a. a. O. — Der §. 521, wonach der Auftraggeber, wenn der Konkurs erst nach dem Termine ausbricht, den Preis liquidiren soll, setzt voraus, daß der Uebernehmer gewählt und den Preis kreditirt habe, was auch stillschweigend geschehen kann. §. 224 a. a. O.

Lieferungs-Vertrag unter Berücksichtigung des Handels mit geldwerthen Papieren. Berlin 1846. Dazu die Anzeige in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft von Richter und Schneider, Jahrg. 1847, S. 923 ff. — v. Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. IV, Nr. 15.

Der Lieferungskontrakt ist wesentlich der umgekehrte Trödelvertrag; er endigt wie dieser, gehörig ausgeführt, in einem Kaufkontrakt, und der bestimmte Ankaufspreis enthält, wie die Bestimmung des Preises bei dem Trödelkontrakte, zugleich die Belohnung für die Dienste des Lieferanten*), daher hier der Einwand oder der Anspruch wegen enormer Verletzung unstatthaft ist[8]. Das Verschaffen, sagt das Ober-Trib., der bestellten Sache ist ein wesentlicher Bestandtheil der Verpflichtung des Unternehmers, aber es ist zum Begriffe eines Lieferungsvertrags nicht erforderlich: 1. daß das Verschaffen ausdrücklich versprochen sei, vielmehr kann diese Verpflichtung auch aus dem Inhalte des Vertrages, aus den Verhältnissen der Parteien, und aus den sonstigen Umständen entnommen werden; 2. daß aus dem Vertrage oder aus

---

*) Diese Begriffsbestimmung erscheine, sagt das Ober-Trib. in dem Plenar-Beschl. vom 15. Juni 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 61), insofern nicht zutreffend, als ein Lieferungs-Uebernehmer rechtlich überall nicht als der Beauftragte des Bestellers betrachtet werden könne. Der Lieferungsvertrag unterscheide sich vielmehr in rechtlicher Beziehung von dem Bevollmächtigungsvertrage wesentlich dadurch, daß bei Letzterem der Bevollmächtigte nur im Namen und nach der Vorschrift des Machtgebers handele, und Diesem durch seine Handlungen den Gegenstand seines Auftrags erwerbe, auch schuldig sei, alle daraus entstehenden Vortheile dem Machtgeber zu überlassen; Letzterer endlich berechtigt werde, aus dem, von dem Bevollmächtigten für ihn mit einem Dritten geschlossenen Vertrage gegen den Dritten unmittelbar auf Erfüllung zu klagen. Bei Lieferungsverträgen überkomme dagegen der Lieferungsübernehmer keine andere Pflicht als die, zu bewirken, daß der Besteller den Gegenstand des Vertrages zur bestimmten Zeit erhalte; die Beschaffung desselben berühre nur sein eigenes Interesse, und der Besteller erwerbe weder gegen den Dritten, mit welchem etwa der Lieferant kontrahirt hätte, noch Rechte auf die von dem Lieferungsübernehmer, wenn schon auf Veranlassung der versprochenen Lieferung angeschaffte, aber noch nicht tradirte Sache. — Diese Unterschiede zwischen dem Lieferungsvertrage und dem Bevollmächtigungsvertrage sind außer Streit, ich habe aber den Lieferungsvertrag mit einem „Bevollmächtigungsvertrage" nicht verglichen; ich habe vielmehr mit dem Trödelvertrage den Lieferungsvertrag verglichen und gesagt, daß, sowie der Trödelvertrag von einem Auftrage ausgehe, auch der Lieferungsvertrag einen Auftrag zur Verschaffung einer Sache voraussetze. Das ist gleichfalls unstreitig. Ein Auftrag aber, in der Bedeutung einer Bestellung, d. h. eine aufgetragene Besorgung, ist noch lange kein Bevollmächtigungsvertrag, denn dieser bezweckt und vermittelt die Stellvertretung des Auftraggebers bei einem Rechtsgeschäfte. Dieser Stellvertretungsvertrag ist von dem bloßen Auftrage ganz verschieden, und die Verschiedenheit ist von mir ganz ausdrücklich hervorgehoben. (S. o. §. 655.) Die Polemik des Ober-Trib. beruht darnach auf einem Mißverständnisse und ist ohne Gegenstand. Vergl. m. Recht der Forderungen, §. 285.

8) §§. 981, 987, 876 a. a. O.

den Umständen die Voraussetzung des Bestellers hervorgehe, daß die versprochene Sache sich noch nicht im Besitze des Versprechenden befinde. Es schließt daher 3. die Anwendung der Regeln des Lieferungs-Vertrages nicht aus, daß sich der Uebernehmer (Lieferant) bereits beim Abschlusse des Vertrags thatsächlich im Besitze der Sache — d. i. von Sachen solcher Art und in der Quantität, wie er zu liefern sich verpflichtet — befunden hat[9]. Der Auftraggeber kann zurücktreten, wenn bis zum Termine nicht erfüllt ist, oder wenn wegen veränderter Umstände der Zweck wegfällt; in diesem Falle jedoch muß der Lieferant wegen bereits gehabter Bemühungen und Kosten entschädigt werden[10], so wie in jenem Falle der Lieferant den Andern entschädigen muß. Wird, ohne einen dieser beiden Gründe willkührlich der Vertrag aufgesagt, oder die von dem Lieferanten angebotene Sache zurückgewiesen: so kann der Lieferant, nach seiner Wahl, sein Interesse fordern, dessen er durch Privatveräußerung der ihm nicht abgenommenen Sache noch nicht verlustig wird, oder auch einfach auf Zahlung des bedungenen Preises gegen Abnahme der Sache klagen[11].

§. 712.

VI. Die Auslobung einer Prämie.

A. L. R. I, 11, §§. 988—995.

Die Ausbietung einer Prämie ist ein Versuch zur Eingehung eines Vertrags über Handlungen (Dienstmiethe oder ein Werk)[1]; wer darauf die verlangten Dienste, z. E. Ausmittelung einer abhanden gekommenen Sache oder Person, oder das aufgegebene Werk unternimmt, geht das Geschäft ein, ohne sich jedoch zur Ausführung verbindlich zu machen. Führt er es der Aufgabe entsprechend aus, so hat er die ausgesetzte Belohnung zu fordern. Die Aufgabe darf nicht verändert, wohl aber innerhalb der ersten

---

9) Pl.-Beschl (Pr. 1755) v. 15. Juni 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 57).

10) §§. 984—986 das. S. oben §. 568, IV. Der Rücktritt steht auch noch nach der Verurtheilung des säumigen Lieferanten zur Erfüllung frei; denn der Lieferant erlangt durch dieses Urtel kein Recht, die Abnahme oder Entschädigung zu fordern. Pr. des Otr. v. 21. Juni 1850 (Entsch. XX, 124).

11) Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 19. Septbr. 1845 (J. M. Bl. 1845, S. 197 und Entsch. des Ober-Trib. Bd. XI, S. 18). War vorher streitig; man wollte nur eine alternative Klage auf Abnahme oder auf öffentlichen Verkauf der Sache auf Gefahr und Kosten des Bestellers zulassen. S. die Senatsentsch. des Ober-Trib., vom 26. Novbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 264).

1) §. 988 das., der jedoch unlogisch gefaßt ist und sich auch durch „öffentliche Belohnungen" unrichtig ausdrückt, indem es wol heißen soll „Belohnungen öffentlich rc." Die Sache ist ein Rest der öffentlichen Kampfspiele.

Hälfte der festgesetzten Zeit näher bestimmt werden[2]). Verändert der Ausbietende seine Aufgabe oder nimmt er sie vor der Zeit ganz zurück, so muß er Alle, welche die Lösung bereits unternommen hatten, für die aufgewendete Mühe und Kosten entschädigen[3]). Wird die Auflösung der Aufgabe von Mehreren eingesendet, so hat der Ausbietende die Auswahl; ist ein Nachweis verlangt worden, so hat der Erste, welcher denselben zweckentsprechend liefert, die Belohnung zu fordern.

Viertes Kapitel.

Verträge, welche in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung einseitig sind.

§. 713.

Spiel und Wette.

A. L. R. I, 11, §§. 577—581. — Gans, Abh. über Spiele und Wetten; in den Beiträgen zur Gesetzrevision, S. 164 ff. — Wilda, die Lehre von dem Spiel, aus dem deutschen Rechte neu begründet; in Dessen Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. II, Nr. VI.

In der Eingehung sind diejenigen Glücksverträge, welche keinen Hoffnungskauf enthalten, namentlich die für den Rechtsverkehr entbehrlichen Spielverträge, zweiseitig, indem jeder Theil die Gefahr des Verlustes übernimmt, während die Ausführung weiter keine Gegenleistung erfordert. I. Der Spielvertrag ist eine Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen, wonach sie einander eine bestimmte Leistung versprechen, welche Derjenige von ihnen an die Uebrigen haben soll, für welchen sich der ungewisse Ausgang einer festgesetzten Begebenheit oder Unternehmung entscheiden wird. Welche rechtliche Wirkung ein solcher Vertrag habe, hängt von der Art der Begebenheit oder Unternehmung (Spiel), wovon die Entscheidung abhängig gemacht ist, ab. Darnach giebt es erlaubte und unerlaubte Spiele. Unerlaubt sind alle Hazardspiele, wenn sie als Gewerbe betrieben

---

2) §§. 990—994 a. a. O.

3) §. 989 das. Die Unternehmung muß allein durch die Auslobung veranlaßt sein.

werden[1]). Was in erlaubten Spielen gezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden, wegen Rückstandes aber findet keine Klage statt[2]), auch keine Kompensation[3]); was aus unerlaubten Spielen gezahlt worden ist, kann der Fiskus condictione ob turpem causam abfordern (§. 640). II. Wette[4]) heißt der Vertrag, wodurch jeder Theil dem Andern unter entgegengesetzter Bedingung eine bestimmte Leistung verspricht. Von der Beschaffenheit der Bedingung hängt die Gültigkeit der Wette, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung unerlaubter Bedingungen, ab (§. 120, Nr. 4, Bd. I, S. 260). Zur Klagbarkeit der aus der Wette entstehenden Forderung ist die Niederlegung Dessen, was man zu leisten von beiden Seiten versprochen hat[5]), erforderlich; die entgegengesetzten Leistungen können ungleich sein. Die Verschweigung der dem Einen mit Gewißheit bekannten wahren Bewandtniß der Sache, bezüglich auf den zur Bedingung gemachten Umstand, ist Betrug[6]). III. Was ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes geliehen worden, kann nicht zurückgefordert werden, ohne daß ein Unterschied zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen und Wetten gemacht wird[7]).

---

1) Straf-G. B. §. 266. Der Begriff des Hazardspiels ist unbestimmt; es werden nur einige Spiele als dazu gehörig angegeben. II, 20, §. 1299 — v. Hermsdorf, über den Begriff des Hazardspiels; in Klein's Annalen, Bd. XXVI, S. 219. Das R. R. hat einen andern Unterscheidungsgrund zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen: den der körperlichen Uebung, wodurch sich lusus von alea scheidet. L. 4, §§. 1, 2 D. de aleat. (X, 5); L. 1, 3 C. eod. (III, 43).

2) §. 577, 578 a. a. O. Nach R. R. entsteht aus erlaubten Spielen eine Civilobligation, L. ult. C. eod. Der Unterschied zwischen dem Pr. R. und dem R. R. ist also ein ganz anderer, als der Herr v. Rönne zu Klein, System, I, §. 294, Note 1 angiebt.

3) A. L. R. Einleit. §. 86; I, 16, §. 342. S. o. §. 582, III.

4) Hymmen, Beiträge, Bd. II, S. 70 flg. — Ludovici, de natura et interpretatione sponsionum. Halae 1704. — Reinhardt, de sponsionibus. Erf. 1734. Bucher, de sponsionibus. Steinf. 1796.

5) I, 11, §. 579. Durch den Ausdruck „baar gesetzt" ist die Verabredung und der Satz nicht auf Geld beschränkt; baar heißt hier reell, oder in Natur, körperlich.

6) §. 580 a. a. O. Die verschiedenen Meinungen über die Voraussetzung der Ungewißheit s. bei Glück, Bd. XI, §. 761, Nr. 1.

7) §. 581 das. Dazu Gans a. a. O.

Zweiter Abschnitt.

Accessorische Forderungen.

I. Intercession.

Sintenis, über die Intercessionen überhaupt ꝛc.; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. X.

§. 714.

A. Das Allgemeine.

Intercession heißt jede freiwillige Uebernahme einer fremden Schuld. I. Die Erfordernisse sind: 1. die fremde Schuld muß gültig sein, denn sie geht mit allen aus dem Verhältnisse entspringenden Einreden auf den neuen Schuldner über[1]), ausgenommen, wenn wissentlich und gerade wegen der Handlungsunfähigkeit des Schuldners intercedirt wird, um den Gläubiger zu sichern, doch muß auch in diesem Falle die Obligation nicht an sich nichtig sein[2]). Da der Intercedent wesentlich in die Stelle des Schuldners tritt, so entscheidet sich darnach die Frage: inwiefern er für die Schuld aus einem Vertrage, welchem die vorgeschriebene Form mangelt, verbindlich wird oder nicht, von selbst. Die Intercession für eine unkonsentirte Darlehnsschuld eines Offiziers hat gar keine Wirkung, weil nur der Fiskus Gläubiger daraus geworden (§. 614, II, 3, b) und für diesen die Intercession ein ihm fremdes Geschäft ist. 2. Der Intercedent muß durch das Geschäft Schuldner werden; Tilgung einer fremden Schuld ist keine Intercession[3]). 3. Er muß eine fremde Verbindlichkeit

---

1) I, 14, §. 310. — L. 46, 29 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 1, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 129, §. 1, L. 178 D. de reg. jur.

2) §§. 251, 252, 254—256 a. a. O. Nach den Grundsätzen des Pr. R. ist das ein unpassender Satz, weil es solche Obligationen Handlungsunfähiger, die nur ope exceptionis ungültig wären, nicht giebt. Der Ausdruck ist auch sehr vage; es heißt: „entsteht die Ungültigkeit — bloß aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten.“ §. 254. Der §. 252 bezieht sich nicht auf solche Verträge, welche bloß wegen der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten, sondern auf solche, welche wegen der Qualität der kontrahirten Schuld selbst von den Gesetzen gemißbilligt sind. Pr. 118, vom 11. Juni 1836. — Vergl. L. 70, §. 4, L. 25 D. de fidejuss. — L. 13 pr. D. de minor. (IV, 4); L. 9, §. 3 D. de S. C. Mac. (XIV, 6); L. 95, §. 3 D. de solut.

3) L. 4 i. f., L. 21, §. 1 D. de fidejuss. — L. 1, 9 C. de S. C. Vellej. (IV, 29). Daher kann die Zahlung eines Bürgschaftsunfähigen aus dem Grunde,

auf sich nehmen; ist es bloß die Gefahr in Beziehung auf ein Verhältniß, so ist das Geschäft eine Versicherung[4]); 4. die Uebernahme muß freiwillig sein, nicht auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhen[5]). II. Die Intercession wirkt einen Uebergang der Schuld von dem bisherigen Schuldner auf den Intercedenten, bald mit (privative Intercession) bald ohne (cumulative Intercession) Befreiung des alten Schuldners. Das Klagrecht gegen ihn ist wesentlich Ebendasselbe, welches aus dem Hauptgeschäfte gegen den ursprünglichen Schuldner entsteht: das Intercessionsgeschäft erzeugt, in ähnlicher aber umgekehrter Art wie die Cession, kein eigenthümliches Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner, weil durch dieselbe nicht so wie nach R. R. durch die Stipulation eine neue förmliche Obligation entsteht. Das Verhältniß zwischen dem Intercedenten und dem bisherigen Schuldner läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen; die Intercession an sich begründet kein solches; die Gründe zu einem Regresse liegen alle Mal außer derselben.

B. Einzelne Arten.

1. Bürgschaft, fidejussio.

A. L. R. I, 14, §§. 200–398.

§. 715.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Bürge ist Derjenige, welcher in eine fremde Verbindlichkeit unter der Bedingung eintritt, daß er dieselbe nur auf den Fall, wenn und insoweit der Schuldner nicht erfüllen kann, zu erfüllen habe[1]). Sowohl die Handlung der Uebernahme als die dadurch gegründete neue Verbindlichkeit oder vielmehr Verknüpfung

---

weil dessen Bürgschaft unkräftig gewesen sein würde, nicht zurückgefordert werden; nach §. 243 d. T. selbst dann nicht, wenn die Zahlung in Folge einer vorausgegangenen unkräftigen Bürgschaft geleistet worden ist. Anders in diesem Falle nach R. R. S. unten §. 721, Note 20.

4) L. 21, §. 2 D. de fidejussor. (XLVI, 1).

5) L. 13 pr., L. 8, §. 2, L. 17 pr., L. 24 pr. D. eod. — L. 2, L. 6 pr. C. eod. (VIII, 41).

1) §. 200 a. a. O. Nach R. R. gehört das Merkmal der Eventualität nicht zum Begriff. L. 1 §§. 7, 8 D. de obl. et act. (XLIV, 8). — L. 1 D. qui satisdare (II, 8). Die Bürgschaft, wodurch man nur subsidiarisch die Verbindlichkeit übernahm, war eine besondere Art und hieß fidejussio indemnitatis. L. 118 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 7 D. de fidejuss. et nom. (XXVII, 7); L. 1, 2 C. de conv. fisc. deb. (X, 2).

der bestehenden Verbindlichkeit mit der Person des Bürgen heißt **Bürgschaft**. Diese ist an sich eine subsidiarische oder bedingte Verbindlichkeit; man kann jedoch auch **unbedingt** als solidarischer Korrealschuldner eintreten[2]). In diesem Falle kann man, in Anspruch genommen, den Gläubiger nicht an das von dem andern Solidar- (Haupt-) Schuldner bestellte Pfand verweisen[2a]), wenn man sich solches nicht ausdrücklich ausbedungen hat[2b]). Wer für die Zahlungsfähigkeit des Bürgen dem Gläubiger Bürgschaft leistet, ist ein **Afterbürge** (fidejussor fidejussoris), und wer dem Bürgen für den Hauptschuldner bürgt, ein **Rückbürge**[3]). II. Zur Uebernahme einer Bürgschaft ist erforderlich: 1. die Fähigkeit Darlehne aufzunehmen[4]); 2. die mit Worten ausgedrückte Erklärung, für den Schuldner einstehen zu wollen, gleichviel, welche Worte gebraucht werden, wenn sie nur diesen Sinn haben[5]); eine stillschweigende Bürgschaft giebt es nicht[6]); die Annahme kann, wie bei allen Verträgen, auch bei unbedingten Bürgschaften durch Handlungen ausgedrückt werden, werden aber Bedingungen oder Vorbehalte gemacht, so ist zur Perfektion die durch Worte oder Schrift ausgedrückte Zustimmung des Gläubigers nothwendig[7]). 3. Beobachtung der Form. Diese ist ohne Unterschied des Gegen-

---

2) §. 297 a. a. O. Ausdrücklich oder durch Entsagung des ben. excuss.

2a) Nicht deshalb, weil — wie das Pr. 2091a des Ober-Trib. v. 13. November 1848 sagt — das Recht des Bürgen, den Gläubiger an das Pfand zu verweisen, gesetzlich nur aus dem, einem Bürgen zustehenden beneficio ordinis oder excussionis entspringe; denn dieses Recht ist ja das beneficium ordinis selbst, erklärt oder begründet mithin den Satz nicht; sondern weil der Solidar-Schuldner dies beneficium nicht hat und weil der Eigenthümer des Pfandes ein Dritter ist, dessen Eigenthum er nicht anbieten kann. A. L. R. I, 20, §. 46,

2b) Pr. des Ober-Trib. 1590, vom 4. Juni 1845 (Entsch. Bd. XII. S. 231).

3) §§. 201, 380—384 das. — L. 4, 8, §. 12, L. 27, §. 4 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 38, §. 5 D. de solut. (XLVI, 3).

4) §§. 219, 220 a. a. O. S. o. §. 614, II. Deshalb gehört zur Gültigkeit der Bürgschaft eines Soldaten und Unteroffiziers die schriftliche Genehmigung des Kompagnie- oder Eskadron-Chefs, und der Konsens zur Uebernahme einer Bürgschaft ermächtigt nicht zur Verpflichtung als Selbstschuldner. Pr. des Otr. 1869, vom 10. Mai 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 463). — Ausnahmen nach R. R. machen Militairs, Geistliche, Frauenspersonen.

5) §§. 202, 206, 213 d. T. — **Grattenauer**, Abh. I, S. 94. — Jur. Wochenschrift, 1838, S. 330.

6) Die Bestimmungen §§. 207—212, 253 a. a. O., und Anh. §. 47 beziehen sich auf einen andern Verpflichtungsgrund.

7) §§. 204, 205 a. a. O. S. oben §. 548. Die für eine Realschuld als Selbstschuldner, doch unter der Beschränkung, daß der Gläubiger zuvor die Hypothek angreifen müsse, übernommene Bürgschaft wird nicht für eine bedingte in diesem Sinne gehalten. Pr. 1590, vom 4. Juni 1845 (Entsch. XII, 231).

standes, weil bloß das Versprechen der Verpflichtungsgrund ist (§. 550, II, 1), die Schrift; für die Bürgschaften der Frauenspersonen ist eine besondere Form vorgeschrieben[8]). 4. Die Bürgschaft kann zwar weniger aber nicht mehr oder etwas Anderes enthalten als bisher die Obligation selbst[9]), sonst wird das Geschäft ein Anderes; sie kann jedoch bessere Sicherheit oder eine dem Gläubiger günstigere Art der Rechtsverfolgung gewähren[10]) Bei solchen Schuldverhältnissen, wo der Belauf der Leistungen des Schuldners noch nicht bekannt ist, kann die Bürgschaft bis auf eine bestimmte Summe übernommen werden, welches die Bedeutung hat, daß der Bürge nicht über diesen Betrag, wohl aber darunter, wenn die Schuld nicht so viel beträgt, zu leisten hat[11]).

§. 716.

b) Verbindlichkeiten des Bürgen.

Da der Bürge an die Stelle des Schuldners in die bestehende Obligation tritt (rei locum obtinet)[1]), so übernimmt er dadurch weiter nichts, als was zu der Zeit der Inhalt der Obligation für sich mit sich bringt; er haftet also nicht für die durch die Verschuldung des Schuldners entstehenden Erweiterungen, wie Schadensersatz und Verzugszinsen[2]); soll er für mehr als was aus dem Inhalte der Obligation an sich und aus seiner eigenen Verschuldung folgt, namentlich für jene Erweiterungen haften, so muß solches in der Bürgschaft ausgedrückt sein. Darauf beziehen sich mehrere Auslegungsregeln. 1. Wer für Alles, was der Schuldner aus dem Geschäfte schuldig werden möchte (in omnem causam), zu haften verspricht, oder sich als Selbstschuldner ohne Einschränkung[2a]) verpflichtet, muß auch für rückständig bleibende

---

8) §§. 203, 219, 220 d. T. S. unten §. 721.

9) §§. 277, 280 d. T. — L. 8, §§. 7–9; L. 16, §§. 1, 2; L. 34, 42, 70 D. de fidejuss. (XLVI, 1). — §. 6 J. eod. (III, 20).

10) §. 278 a. a. O. — L. 6, §. 2, L. 7, 16, §§. 3, 4 D. eod.

11) §§. 280, 281 a. a. O.

1) L. 4, §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

2) §§. 266, 267 a. a. O. — L. 4, §. 1, L. 56 D. eod. — L. 49 pr., L. 91, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 32 pr. D. de administr. tutor. (XXVI, 7); L. 3 D. de fid. et nom. (XXVII, 7).

2a) Der Bürge, der sich, wenngleich als Selbstschuldner, ausdrücklich nur für das Kapital verbürgt hat, kann ungeachtet der Vorschrift, daß die Uebernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zugleich die Verhaftung wegen Zinsen

Zinsen, für Verzugszinsen, Früchte, Kosten, Schäden und entgangenen Gewinn, nach Maßgabe der eigenen und des Schuldners Verschuldung, aufkommen [3]). Wer für eine bestimmte Forderung schlechthin Bürgschaft leistet, haftet für weiter nichts als für das Kapital und für die rückständig gebliebenen Konventionalzinsen des letzten Jahres [4]). 3. Wer bloß für die Zinsen ohne Zeitbestimmung Bürgschaft leistet, wird frei, wenn und insoweit das Kapital bei dem Schuldner faktisch verloren geht (uneinziehbar wird); die Bürgschaft lebt nicht wieder auf, wenn der Schuldner wieder in bessere Umstände kommt; für die Rückstände haftet in diesem Falle der Bürge bis zur Eröffnung des Konkurses; ist auf eine bestimmte Zeit gebürgt, so hebt der früher eintretende Verlust des Kapitals die Bürgschaft nicht auf [5]). 4. Wer für die Rückgabe einer Sache sich verbürgt, d. h. wer in eine Schuld tritt, deren Gegenstand Rückgabe einer Sache ist, haftet folgerecht von selbst auch für die An- und Zuwüchse, aber nicht für die von dem Schuldner verschuldeten Verschlimmerungen [6]). 5. Die Bürgschaft für allen aus einem Geschäfte dem Gläubiger entstehenden Schaden verpflichtet nicht zur Erstattung des entgangenen Gewinnes und des Werths der besondern Vorliebe [7]). 6. Die cautio ratam rem haberi macht nur zum Ersatze des aus dem Rückgange des Geschäfts wegen ausbleibender Genehmigung entstehenden Schadens, nicht auch des entgangenen Gewinnes verbindlich [8]). 7. Die Bestellung oder Uebernahme einer Amtskaution ohne nähere Bestimmung verpflichtet nur zur Erstattung der durch den bestimmten Beamten veranlaßten Defekte, nicht aber auch der Zinsen, Kosten und Strafen [9]).

---

u. s. w. mit sich bringt, über das Kapital hinaus nicht in Anspruch genommen werden. Pr. 1967, vom 21. Decbr. 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 182).

3) §§. 269, 270 das. — L. 68 pr. §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 54 D. locati (XIX, 2) L. 49 pr., L. 91, §. 4 i. f. D. de verb. obl. (XLVI, 1).

4) §§. 259, 260 a. a O. Eigentlich sollte für alle seit der Uebernahme der Schuld entstehenden Zinsenrückstände eingestanden werden.

5) §§. 261—264 das. — Das Forderungsrecht ist hier wie eine körperliche Sache gedacht, welche physisch untergehen kann. Der Zeitpunkt, mit welchem dieser thatsächliche Untergang anzunehmen, ist nicht bestimmt; er läßt sich auch nicht durch Ableitung aus dem Wesen der Sache bestimmen, weil die ganze Vorstellung naturwidrig ist; es ist dazu eine positive Vorschrift erforderlich. Vergl. Simon's Rechtssprüche, Bd. I, S. 52.

6) §. 265 a. a. O. Anwendung des obigen Grundsatzes zu Note 2.

7) §. 268 das. — A. G. O. I, 22, §. 15.

8) A. L. R. §§. 271, 272 a. a. O.

9) §§. 273—276 das. Anders bei den Kautionen der Staatskassen- und Magazin-Beamten, nach dem Kabinetsbefehl v. 15. April 1837 (G. S. S. 73).

§. 717.

c) Rechte des Bürgen gegen den Gläubiger.

I. Zur Begründung des Anspruchs gegen den Bürgen muß der Eintritt der Bedingung, d. i. die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, behauptet und bewiesen werden. 1. Dieser Beweis wird für geführt angenommen: a) wenn der Schuldner einer Personalforderung zu der Zeit, da der Bürge belangt werden soll, wegen anderer Schulden verhaftet ist, oder wenn die Auspfändung erfolglos versucht worden ist[1]). Finden sich Gegenstände, so muß der Verkauf abgewartet werden; sind es ausstehende Forderungen, so muß der Gläubiger drei Monate auf die Fälligkeit und Zahlung warten; die Ausklagung zu übernehmen ist er nicht schuldig[2]); findet sich ein Grundstück, welches einen ausreichenden Ertrag gewährt, so muß der Gläubiger die Sequestration ausbringen und drei Monate warten[3]). b) Wenn der Schuldner einer Wechselforderung vergeblich zum Wechselarrest gebracht worden ist, oder wegen seiner Entweichung nicht dahin gebracht werden kann[4]). c) Ist die Bürgschaft für eine Realschuld (Pfand- oder Hypothekenforderung) geleistet, so muß zuerst noch das Hypothekenrecht verfolgt oder die Unzulänglichkeit des Werths der Sache nachgewiesen werden[5]). 2. Der Behauptung bedarf es zur Begründung der Klage nicht: a) wenn der Hauptschuldner im

---

1) §§. 284, 285, 306 a. a. O. Der Bürge, welcher sich in einem, den Exekutiv-Prozeß begründenden Schuldinstrumente verpflichtet hat, muß, wenn der Hauptschuldner auf Grund desselben **in executivo** rechtskräftig verurtheilt und gegen denselben ohne Erfolg Exekution gesucht ist, Zahlung leisten, und kann sich mit dem Einwande, daß **in ordinario** auf Aufhebung des Exekutivurtels gegen den Gläubiger Klage erhoben sei, nicht schützen. So lautet das Pr. des Ober-Trib. 63, vom J. 1834. Damals gab es jedoch keinen Exekutiv-Prozeß mehr, und es ist wol der Mandatsprozeß darunter zu verstehen, von welchem ganz das Gleiche zu behaupten ist; denn es kommt nur auf die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit an, und was der Bürge gegen die Hauptschuld einzuwenden hat, mag er ausführen.

2) §. 286—288 a. a. O. Die dem Gläubiger ungünstige Meinung des Ministers in dem R. v. 18. Juli 1840 (M. Bl. S. 258), wonach der Gläubiger gehalten sein soll, die Forderungen seines Schuldners beizutreiben, hat keinen rechtlichen Grund. Die Beitreibung ist Sache des Schuldners, der Gläubiger hat nur zu warten.

3) §§. 289—291 a. a. O.

4) §. 296 das. Hier ist eine besondere Bürgschaft für eine Wechselschuld vorausgesetzt, nicht eine wechselmäßige Bürgschaft (Aval).

5) §§. 292—295 das. Vergl. oben §. 715, Note 2a.

Inlande nicht belangt werden kann[6]); b) wenn Konkurs oder erbschaftlicher Liquidationsprozeß über das Vermögen, beziehlich den Nachlaß des Schuldners eröffnet worden ist, bei welchem jedoch der Gläubiger seine Forderung, um dem Bürgen die abzutretenden Rechte zu erhalten, liquidiren muß[7]); c) wenn der Bürge sich als Selbstschuldner (unbedingt) verpflichtet hat, welches auch dann angenommen wird, wenn er dem Einwande, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, gehörig entsagt hat[8]), in welchem Falle auch eine Verweisung an das von dem Hauptschuldner etwa bestellte Unterpfand unstatthaft ist (§. 715, Note 2a); d) wenn für eine wegen der persönlichen Eigenschaft des Schuldners ungültige Schuld Bürgschaft geleistet worden ist, wobei der Einwand der Unwissenheit von dieser Qualität unstatthaft[9]). II. Gegen die an sich begründete Klage, welche wesentlich die gegen den Hauptschuldner aus dem der Schuld zum Grunde liegenden Geschäfte entspringende Klage ist, stehen dem Bürgen alle aus dem Geschäfte an sich, nicht aber die aus persönlichen Benefizien des Schuldners, entstehenden Exzeptionen zu[10]). III. Der schlechte Bürge hat gegen Zahlung der Schuld die Abtretung aller dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner und gegen die gleichzeitigen Mitbürgen zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft zustehenden Rechte ungeschmälert[10a]) zu fordern (beneficium cedendarum actionum)[11]). Dem selbstschuldnerischen Bürgen steht folge-

---

6) §. 298 das. — Nov. IV, c. 1.

7) §§. 299—305 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. V, S. 339. Nach G. R. streitet man darüber: ob im Falle des Konkurses der Bürge sofort in Anspruch genommen werden darf. Sell, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. III, S. 243 ff. Dagegen: Chop, im Archiv für civil. Praxis, Bd. XV, S. 50 flg.

8) §§. 297, 270, 307 a. a. O. — Nach R. R. steht es damit anders. Die Bürgschaft begründet an sich eine unbedingte Verbindlichkeit, aber dem Bürgen ist die exceptio ordinis gegeben, deren Entsagung zulässig ist. L. 29 C. de pact. (II, 3).

9) §§. 254—256, 376 a. a. O. — L. 25 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

10) §. 310, 254—256, 376 a. a. O. — L. 7, §. 1, L. 19 D. de except. (XLIV, 1); L. 15 pr., 32, 49 pr., 45, 46 D. de fidej. (XLVI, 1); §. 4 J. eod.; §. 4 J. de replic. (IV, 14); L. 58, §. 1 D. mand. (XVII, 1). Eine Ausnahme gilt nach Pr. R. mit dem beneficium competentiae. §§. 281, 282 a. a. O. — S. o. §. 488. — Anders nach L. 7 pr. D. de except. (XLIV, 1).

10a) Entsch. des Ober-Trib. Bd. V, S. 343. S. u. §. 719 Nr. 6.

11) §§. 338, 383 a. a. O. — I, 16, §§. 46, 47; I, 11, §. 442. S. o. §. 529. — L. 17, 41, §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 2, 11, 21 C. eod. (VIII, 41).

richtig dieses Recht gegen den Gläubiger nicht zu. (§. 719, Note 5). IV. Mehrere gemeinschaftliche Mitbürgen stehen, nach der allgemeinen Regel, in einem Korrealverhältnisse; mehrere Bürgen, die sich einzeln verbürgt haben, stehen in gar keinem Verhältnisse zu einander und haften solidarisch [12]). V. Die Verbindlichkeit geht auf die Erben des Bürgen über, wenn nicht der Tod desselben als das Ende bestimmt ist [13]).

§. 718.

d) Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Der Bürge, welcher in Folge eines Auftrags oder einer Geschäftsbesorgung die Bürgschaft übernommen hat, kann mit der actio mandati oder mit der actio negotiorum gestorum contraria Ersatz für seine Verwendungen fordern [1]), und außerdem steht ihm die Klage des Gläubigers gegen den Schuldner, in welche er ohne ausdrückliche Cession von selbst durch die Zahlung eintritt (§. 717, Note 11), zu Gebote, wenn nämlich die Schuld wegen der persönlichen Eigenschaft des Hauptschuldners nicht ungültig war. 1. Die cedirte Klage d s Gläubigers kann selbstredend erst nach ausdrücklich oder geseli ch eingetretener Cession angewendet werden; aber auch die Auftragsklage oder die Geschäftsführungsklage ist in der Regel erst nach er Befriedigung des Gläubigers Seitens des Bürgen begründet. 2. Die Befriedigung kann ohne vorausgegangene Klage des Gläubigers geschehen, aber der Bürge muß, wenn er nicht dazu die schriftliche Einwilligung des Schuldners erhalten, oder ihm nicht litem denunzirt hat, sich die Einwendungen entgegensetzen lassen, welche gegen die Klage des Gläubigers mit Erfolg hätten gebraucht werden können [2]); ausgenommen diejenigen, welche ihm selbst bezüglich auf die Bürgschaft zugestanden haben würden [3]). 3. Die Auftrags- oder Geschäftsführungsklage

---

12) §§. 373—379 d. T. — Anders nach R. R. Recht der Forderungen, §. 369, IV.

13) §§. 334—337 a. a. O. — §. 2 J. de fidejuss. (III, 20). Gajus, III, §. 120. — Anders nach manchen Partikularrechten.

1) §§. 334—337 a. a. O. — L. 4 pr. D. de fidejuss.

2) §§. 342, 344—349 das. — L. 10, §§. 11, 12; L. 8, §. 8; L. 29 pr., §§. 1, 2 D. mandati (XVII, 1); L. 10 C. eod. (IV, 35); L. 47 D. de cond. ind. (XII. 6); L. 9, §. 1 D. ad S. C. Maced. (XIV, 6).

3) §§. 347, 348 a. a. O. — L. 10, §. 12 D. mandati (XVII, 1).

geht nur auf Erstattung der wirklichen Verwendungen auf Kapital, Zinsen selbst Verzugszinsen, und der zweckmäßigen Kosten, nebst Verzugszinsen von der ganzen Summe, Schäden und Kosten, oder, wenn der Gläubiger noch unbefriedigt, der Bürge aber bereits verurtheilt ist, auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit[4]). Ist dem Bürgen eine Belohnung (Prämie) von dem Schuldner zugesagt worden, so ist die Klage wesentlich die aus einem Innominatkontrakte, denn das Geschäft ist dann miethsähnlich. Hat der Gläubiger seine Klage dem Bürgen cedirt, und macht Dieser davon Gebrauch, so kommt es nicht, wie bei der Auftragsklage, auf die Verwendungen an[5]). Beide können nicht kumulirt werden. 4. Die Auftrags- oder Kontraktsklage findet auch auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den Schuldner in folgenden Fällen statt: a) wenn derselbe mit der Befriedigung des Gläubigers säumt; b) wenn er in Vermögensverfall zu gerathen anfängt, wo nach der Wahl des Bürgen auf Befreiung oder auf Sicherstellung geklagt werden kann[6]), sowie c) wenn er Anstalten macht, ohne Zurücklassung von Vermögen aus dem preuß. Lande zu gehen[7]); d) wenn für fortwährende oder auf keine bestimmte Zeit (erst auf Kündigung) fällige Verbindlichkeiten unentgeltlich Bürgschaft geleistet und bereits ein Jahr vergangen ist[8]). In allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß der Schuldner den Bürgen zur Uebernahme der Bürgschaft veranlaßt habe; hätte der Bürge unaufgefordert oder gar auf Verlangen des Gläubigers intercedirt: so würde ihm keine Klage gegen den Schuldner auf Befreiung zustehen.

§. 719.

e) Ende der Bürgschaft.

Die Bürgschaft erlöscht: 1. durch die Tilgung der Schuld oder Befreiung des Schuldners[1]); 2. durch Verjährung der

---

4) §§. 351—353 a. a. O. — L. 45 D. de fidejuss.

5) §. 340 a. a. O. — L. 10, §. 13, L. 12 pr., L. 46 D. eod.

6) §§. 356, 357 a. a. O. — L. 38, §. 1 D. eod. — L. 10 C. eod. (IV, 35). — c. 5 X. de fidejuss. (III, 22).

7) §. 358 a. a. O. Daß er in Deutschland bleibt, ändert nichts.

8) §. 359—361, 318 a. a. O. Pr. des Otr. 2272, v. 17. Septbr. 1850 (Entsch. XX, 167). Die Befreiung wird durch executio ad faciendum erzwungen. §. 361 d. T.

1) §§. 385—389 a. a. O. — L. 68, §. 2 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 43, 5, §. 1, L. 37 D. de solut. (XLVI, 3).

Schuld; die Bürgschaft verjährt nicht, weil sie nur die Bedeutung einer Verknüpfung der Schuld mit der Person des Bürgen hat [2]); 3. durch Entlassung des Bürgen [3]); 4. durch Konfusion (§. 586, I); 5. durch vorsätzlich oder aus grobem Versehen vernachlässigte und dadurch unmöglich gewordene Einziehung der Schuld [4]); 6. insoweit der Gläubiger sich außer Stand setzt, seine Rechte, in dem Umfange zur Zeit der Bürgschaft, gegen Zahlung abzutreten, ohne beweisen zu können, daß der Mangel dem Bürgen unnachtheilig ist [5]); 7. durch Ablauf der bestimmten Zeit; in Beziehung auf die in der Vergangenheit bereits begründeten Ansprüche befreien nur die allgemeinen Gründe [6]); 8. durch richterliche Verfügung auf Antrag des Bürgen, wenn der Gläubiger die verbürgte Forderung, die an einem gewissen Tage zahlbar ist, auf gerichtliches Andringen des Bürgen nicht einklagt [7]).

---

2) §§. 391—394 a. a. O.

3) §. 390 das. Vergl. über das Klagrecht des Bürgen in diesem Falle L. 10, §. 13 und L. 12 pr. D. mandati (XVII, 1).

4) §§. 262, 328—330 das. — M. Abhandl. über subsidiarische Verbindlichkeiten; in der Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1836, S. 317 flg. — Die Säumniß des Personalgläubigers bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner hat nur bis zu dem Punkte diese Wirkung, bis zu welchem der Gläubiger, gegenüber dem Bürgen, nach §§. 284—292 d. T., positiv verpflichtet ist, die Exekution gegen den Hauptschuldner zu verfolgen. Durch versäumte Umschreibung der im Exekutionswege auf die Grundstücke des Hauptschuldners protestativisch eingetragenen Personalforderung in eine wirkliche Hypothek, verliert daher der Gläubiger seinen Rückgriff an den Bürgen nicht. Pr. des Ober=Trib. 2293, vom 13. Mai 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 549).

5) §§. 331—333 a. a. O. — L. 95, §. 11 D. de solut. (XLVI, 3). Auch wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, soll das gelten, nach der Meinung des Ober=Trib. Pr. 783, vom 31. Decbr. 1839 (Entsch. Bd. V, S. 336). Das ist zu bezweifeln. Denn — wie dieses selbe O. Tr. in seinem spätern Pr. 2091b, vom 13. Novbr. 1848, auch selbst ausspricht, — dieses Recht fließt aus dem beneficio cedendarum actionum, ein Solidar= und Selbstschuldner aber hat gegen den Gläubiger noch niemals ein solches Recht gehabt. S. noch m. Beurtheilung, S. 385 ff.

6) §§. 320—327 a. a. O. — L. 27 C. de fidejuss. (VIII, 41).

7) §§. 316, 317 a. a. O. Ist ein ganz neu erfundenes Rechtsmittel, dessen Form und rechtlicher Charakter nicht bekannt ist. Vielleicht ist ein auf Antrag des Bürgen zu erlassendes Mandat, binnen einer bestimmten Zeit gegen den Schuldner zu klagen oder die Entbindung des Bürgen zu gewärtigen, und dann eine darauf folgende Klage auf Entlassung aus der Bürgschaft, gemeint; vielleicht auch eine sogleich zulässige Klage mit einem alternativen Antrage. Das würde eine condictio ex lege sein; denn aus der Bürgschaft als solcher entspringt kein Klagerecht. Mir ist kein praktischer Fall des Gebrauchs vorgekommen. — Das Präj. des Ober=Trib. Nr. 1823, v. 25. Januar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 257) sagt, unter dem im §. 316 gebrauchten Ausdruck „anhalten" sei nicht eine bloße Aufforderung zu verstehen, sondern die Bedingung des Paragraphen

§. 720.

2. Mandatum qualificatum.

Zimmern, über Intercession durch Mandat und Konstitutum; in Dessen und Neustetel, römisch-rechtlichen Untersuchungen, No. X, S. 255 flg.

I. Man kann intercediren, bevor noch die fremde Schuld, in welche man eintreten will, entstanden ist. Dies geschieht mittelst Auftrags an den künftigen Gläubiger, einem Dritten (dem künftigen Schuldner) zu kreditiren [1]). Damit muß die Absicht, dafür einzustehen, verbunden sein [2]). Neuere nennen das ein qualifizirtes Mandat (mandatum qualificatum). Die Absicht des Auftraggebers (mandator) kann entweder dahin gehen, als Selbstschuldner zu haften, oder auch die sein, daß er nur subsidiarischer Schuldner sein wolle; hat er sich darüber nicht deutlich ausgesprochen, so haftet er nach den Grundsätzen vom Mandate als Selbstschuldner [3]). 1. Auslegungsregeln sind: a) hat er erklärt, daß auf seine Gefahr dem Dritten Kredit gegeben werden könne: so wird angenommen, er wolle subsidiarisch (als Bürge) haften; b) hat er erklärt, daß auf seine Rechnung kreditirt werden solle: so haftet er als Selbstschuldner [4]). 2. In dem letztern Falle ist, wie bei dem Auftrage überhaupt, auch ein mündlicher Auftrag, gehörig vollzogen, ein gültiger Grund zur Klage; in dem ersten Falle aber soll nur bei einer Summe nicht über 50 Thaler die mündliche Form genügen, bei höhern Summen aber die Schrift erforderlich sein [5]). 3. Der Mandator hat, wenn er Selbstschuldner ist, gegen den Dritten, welchem der Kredit gegeben worden, die direkte Klage aus dem Kreditgeschäfte, wie ein Vollmachtgeber aus dem von

---

nur dann als erfüllt anzusehen, wenn das Andringen sich eventuell bis auf Anstellung der Klage erstreckt habe. Es wird also eine dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehende Klage vorausgesetzt, durch deren Anbringung die Bedingung erfüllt, also die Erlöschung der Bürgschaft eingetreten ist. Dann hätte jedoch der Bürge kein Interesse mehr, die Sache fortzusetzen; er könnte also den Prozeß wegen der Hauptsache liegen lassen und es würde nur noch über den Kostenpunkt zu entscheiden sein.

1) §§. 213—215 a. a. O. — L. 6, §. 4, L. 12, §. 14, L. 32 D. mandati (XVII, 1); L. 7 C. eod. (IV, 35); L 71, §. 2 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

2) §§. 209—212 das. — L. 2 D. de proxeneta (L. 14).

3) §§. 216—218 a. a. O. Die exceptio doli schließt auch hier den wider besseres Wissen auf einen zweideutigen Ausdruck gestützten Anspruch aus.

4) §§. 213—216, 218 a. a. O.

5) §§. 213, 214 das. Vergl. über die Form oben §. 656.

dem Bevollmächtigten mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte [6]). II. Eine Empfehlung an sich begründet, außerhalb des kaufmännischen Verkehrs (§. 415, V), keine Verbindlichkeit; kommt Dolus hinzu, so ist dieser der Grund und die Empfehlung das Maß einer Verbindlichkeit [7]).

§. 721.

3. Intercession der Frauenspersonen.

A. L. R. I, 14, §§. 221—244, 407—412.

I. Nach der dem Pr. R. zum Grunde liegenden Ansicht sind Frauenspersonen an sich bürgschaftsunfähig, können aber die ihnen hierin mangelnde persönliche Fähigkeit in jedem einzelnen Falle dadurch erlangen, daß ihnen der Richter die rechtliche Bedeutung des bevorstehenden einzelnen Rechtsgeschäfts erklärt und sie vor den gefährlichen Folgen desselben warnt (Certioration) [1]). So vorbereitet kann eine Frauensperson gültig intercediren. Die wesentlich nothwendige Form der Intercession einer Frauensperson ist also die gerichtliche [1a]) und zwar in der Art, daß der Richter entweder mit den von ihm selbst gebrauchten Worten in die Urkunde niederschreiben läßt: wie er die Frau belehrt habe; oder so, daß die Frau sprechend aufgeführt wird: daß und wie ihr die Bedeutung und die Folgen des Rechtsgeschäfts, welches sie einzugehen

---

6) §. 217 das. Er hat auch für seine Person die Einreden, die ihm zustehen würden, wenn er selbst der Kreditnehmer wäre. Vergl. L. 12 u. 6 C. de non num. pec.

7) §. 207 d. T. — L. 12, §. 12 D. mandati; L. 43 pr. D. de contrah. emt.; L. 2 D. de proxeneticis. — S. u. §. 740, II.

1) §§. 254, 256, 258 a. a. O. — Damit wollte man R. R. beibehalten. Vergl. Suarez, amtliche Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 51. — Es ist also die Ansicht derjenigen Civilisten und Praktiker für das wahre R. R. angesehen worden, welche dafür hielten, daß das Vellejische Senatskonsult ausgeschlossen werden könne. Diese Ansicht bildete schon sehr lange die Grundlage der Pr. Gerichtspraxis. Scheplitz, Consuetud. Brandenb. L. I, p. 186, n. 7; L. II, p. 67. — Hypotheken- und Conc.-Ordnung, vom 4. Februar 1722, §§. 47—49.

1a) Die gerichtliche Aufnahme des ganzen Verbürgungsakts selbst ist nicht unbedingt erforderlich, sondern es genügt, um anzunehmen, daß die Handlung gerichtlich erfolgt sei, wenn die Ehefrau mit Beitritt eines Assistenten, nachdem ihr vom Richter die Verwarnung vorschriftsmäßig ertheilt und das Schuld- und Verbürgungs-Dokument von ihr nochmals durchgelesen oder ihr vorgelesen worden, nicht bloß ihre unter solchem befindliche Namensunterschrift rekognoscirt, sondern sich auch zugleich zu dessen ganzem Inhalte ausdrücklich bekannt, und der Richter darüber ein gerichtliches Protokoll aufgenommen hat. Pr. 587, vom 30. Novbr. 1837. A. G. O. I, 10, §. 125.

begriffen ist, wohlbekannt oder erklärt worden sind[2]); oder so, daß sie sprechend auftritt: wie sie sich den von ihr selbst bestimmt ausgesprochenen Folgen der Bürgschaft ausdrücklich unterwerfe[2a]) Unter diesen Folgen aber, worüber sie belehrt worden, oder von denen aus der Verhandlung erhellen muß, daß sie ihr bei der Bürgschaftsleistung bekannt gewesen seien, sind nur diejenigen, welche der Bürgschaft eigenthümlich sind, und nicht zugleich auch diejenigen, welche dieselbe mit andern Rechtsgeschäften, wobei es keiner Certioration bedarf, gemein hat, zu verstehen. Es genügt daher die Belehrung, daß die Bürgin dem Gläubiger die Zahlung, die dem Schuldner obgelegen, alsdann leisten müsse, wenn solche von diesem nicht erlangt werden könne; und es ist nicht erforderlich, auch die Art und Weise auseinanderzusetzen, wie diese Verbindlichkeit gegen die Bürgin zur Exekution gebracht werden könne[2c]). Ehefrauen, welche während der Ehe für ihren Mann[3]) intercediren wollen, müssen dazu noch einen Beistand in der Person eines rechtsverständigen oder doch geschäftskundigen[3a]) Mannes haben, und es werden zu den Geschäften, welche in dieser Form zu vollziehen sind, alle Fälle gerechnet, wo die Frau, während[4]) der Ehe, Bürgschaft für den Mann leisten, seine Schulden übernehmen, oder zum Besten seiner Gläubiger sich ihrer Vorrechte begeben will. Sowohl in diesen Fällen als auch wenn eine Ehefrau für einen Andern als den Mann intercediren und dadurch das Eingebrachte oder ihre Person belasten will, ist noch die Einwilligung des Mannes erforderlich[5]). II. Eine bedeutende Abweichung des Pr. R. von dem R. R. findet sich in der Bestimmung über diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, zu welchen diese Form erforderlich ist. Man hat den Begriff der Intercession

---

2) §§. 221—225 a. a. O. — Anh. §. 48. — R. vom 29. Septbr. 1800 (Rabe, Samml. Bd. VI, S. 261).

2a) In diesem Falle ist es nicht erforderlich, daß in der Verhandlung angegeben werde: daß und wie der Richter sie mit jenen Folgen bekannt gemacht habe. Pr. 2049, vom 19. Septbr. 1849.

2c) S. dass. Pr. 2049, und Pr. 1384, vom 2. Decbr. 1843.

3) Dieses wird im §. 344, II, 1 unter den Worten: „wenn sie gleich bei einer unverheiratheten Frauensperson" rc., gemeint; der Ausdruck ist ungenau.

3a) Der Mangel der Rechtskundigkeit bei dem Beistande ist kein Nichtigkeitsgrund. Pr. 1223, vom 26. Novbr. 1842.

4) Entscheidet den gemeinrechtlichen Zweifel: ob eine Frau in die Schulden ihres verstorbenen oder geschiedenen Mannes eintreten könne.

5) II, 1, §§. 342—344; Anh. §. 75. — A. G. O. II, 3, §. 16, b.

verlassen und etwas ganz Neues erdacht, was, in einer populären Sprache ausgedrückt, keine Rechtsbegriffe angiebt. Es heißt: Die Verwarnung muß bei allen Geschäften erfolgen, wo die Frauensperson auf den Fall, wenn ein Anderer seine Verbindlichkeit nicht erfüllte, zu Gunsten des Berechtigten, gewisse Nachtheile übernimmt, oder gewissen Vortheilen entsagt; dagegen ist sie nicht nöthig, wenn sie auf ein ihr zustehendes Recht gänzlich verzichtet[6]). Dieses unwissenschaftliche Prinzip hat eine bloße Kasuistik erzeugt, womit man sich durch die zahlreichen, zum Theil grundlosen Zweifel zu helfen sucht. Die bekanntesten Sätze und Fälle sind folgende: 1. Privative Intercessionen gehören gar nicht zu den Geschäften, welche die hier vorgeschriebene Form erfordern, vielmehr sind sie in der Form der Schenkungen zu vollziehen und auch, wegen Uebermaßes, wie Schenkungen widerruflich[7]). 2. Die Pfandbestellung für eine fremde Schuld erfordert die Form der Intercession nicht[8]). 3. Entsagung des Vorzugsrechts von einer eingetragenen Forderung, zur Sicherung einer fremden Forderung, gehört hingegen zu den fraglichen Fällen[9]). 4. Gänzlicher Verzicht einer Ehefrau auf die für sie auf dem Grundstücke ihres Mannes stehenden Forderung, wenn er nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten geschieht, wird nicht für einen solchen Fall gehalten[10]). 5. Desgleichen nicht die Theilcession einer eingetragenen Forderung mit dem Vorrecht vor dem Ueberrest[11]). 6. Auch nicht die Einräumung des Vorzugs von Seiten einer Gutseigenthümerin an Einen ihrer Gläubiger vor einer für sie selbst auf ihrem Grundstücke stehenden Forderung[12]). 7. Ferner nicht die Verabredung in einem

---

6) I, 14, §§. 228, 229, 231.

7) §§. 407—412 a. a. O. — S. o. §. 544, III.

8) I, 20, §§. 49 flg., 72, 94. — Die Eingehung eines Pfandkontrakts für eine fremde Schuld ist zwar keine eigentliche Intercession, aber doch Eingehung einer besondern accessorischen Verbindlichkeit (aus dem Pfandkontrakte) wegen einer fremden Schuld. Vergl. L. 8 pr. D. ad S. C. Vellej. (XVI, 1).

9) I, 14, §. 230. Dadurch ist das Schwanken der Meinung hierüber vor dem A. L. R. beseitigt. Decis. der Ges.-Kommiss. vom 15. Mai 1787 (Stielow, Schles. Prov. R. S. 506); R. v. 29. Novbr. 1790 (Rabe II, S. 57).

10) R. vom 19. Febr. 1802 (Rabe, VII, S. 51).

11) R. vom 21. April 1823 (Jahrb. Bd. XXI, S. 245). Ein älteres R. vom 2. Novbr. 1811 meint aber das Gegentheil.

12) R. vom 16. Dezbr. 1831 (Jahrb. Bd. XXXVIII, S. 289).

Kaufkontrakte, wodurch eine Frau ihr Grundstück verkauft: daß der Käufer befugt sein solle, eine Hypothek für einen andern Gläubiger vor ihrer Kaufgeldforderung eintragen zu lassen. 8. Endlich auch nicht die unbedingte Erbschaftsantretung einer Frauensperson [13]). 9. Die Gültigkeit der Bürgschaft rc. wird nach den Gesetzen des Wohnsorts der Frauensperson beurtheilt, weil von einer persönlichen Fähigkeit die Frage ist. III. Zur Erleichterung des Beweises der Bemäntelung einer Intercession durch die Form eines andern eigenen Geschäfts ist von der Praxis die Vermuthung aufgebracht, daß, wenn Eheleute zusammen ein Darlehn aufnehmen, der Darlehnsnehmer eigentlich der Mann sei und die Frau nur zur Sicherung des Darlehnsgebers als Bürgin auftrete. Diese Vermuthung beruhet darauf, daß, weil der Mann die Ehestandslasten trage und die Geschäfte führe, die Frau für ihre Person Darlehne aufzunehmen nicht nöthig habe, folglich die aufgenommenen Gelder für den Mann bestimmt seien. Das Pr. R. hat diese Vermuthung beibehalten, aber nicht bloß für Geschäfte von Eheleuten, sondern für alle Fälle, wo ein Mann und eine Frauensperson zusammen handeln, also auch für Fälle, wo der Grund der Vermuthung gänzlich fehlt; doch ist sie nicht hinsichtlich der Art der Geschäfte ausgedehnt, denn sie bezieht sich nur auf Anerkenntnisse und Verpflichtungen über einseitige Verbindlichkeiten, d. h. über bereits durch Leistungen des andern Theils begründete Verbindlichkeiten, mithin auf Verschreibungen, durch welche keine Forderung auf Gegenleistung begründet wird [14]). 1. Die Vermuthung tritt nicht ein, wenn in einem solchen gemeinschaftlichen Instrumente ausdrücklich angegeben wird, zu welchem Theile ein Jeder Schuldner ist, weil hier für den Theil der Frau der Hauptschuldner fehlen würde, wenn die Frau nur als Bürgin gelten sollte. Die Vermuthung tritt auch nicht ein bei wechselseitigen Verträgen, weil da Jeder in dem Maße erwirbt, als er sich zu Leistungen verpflichtet. Deshalb aber kann die Frauensperson nur für ihren Theil verbindlich werden; soll sie solidarisch haften, ohne daß sie die ganze Gegenleistung erhält: so ist Das, insoweit

---

13) Schles. Arch. Bd. V, S. 335. Man sieht hieraus, auf welche Abwege und zu welchen bodenlosen Zweifeln und Streitfragen das Prinzip führt.

14) I, 14, §§. 232, 233. Die Anwendung des Grundsatzes ist vielfach bestritten und bezweifelt, meist auf unwissenschaftliche Weise.

als die Verbindlichkeit ihren Theil übersteigt, eine Intercession, mithin muß die dafür vorgeschriebene Form beobachtet werden[15]. Dagegen muß die Vermuthung in dem Falle eintreten, wenn in einem Instrumente der vorhin bezeichneten Art ein Mann und eine Frauensperson zusammen auftreten und die Frau sich als Hauptschuldner, der Mann aber als Bürge bezeichnet, weil die Vermuthung in dem Falle, wo, wie hier, Beide sich für die ganze Schuld verbindlich machen (denn der Bürge ist Mitschuldner), nicht anders als auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise ausgeschlossen werden kann. Die Vermuthung tritt nicht ein, wenn eine Ehefrau allein als Darlehnsempfängerin im Schuldschein bezeichnet ist und der Ehemann nur als Beistand mit unterzeichnet oder seine Genehmigung ausgesprochen hat[15a]. 2. Die Wirkung der Vermuthung besteht darin, daß die Frauensperson aus einem solchen Instrumente gar nicht verbunden ist, wenn nicht die Vermuthung widerlegt, d. h. bewiesen werden kann, daß die Frau in der That ein eigenes Geschäft gemacht habe, weil sonst ein solches nicht angenommen wird und die Bürgschaft wegen Mangels der Form ungültig ist. 3. Die Vermuthung kann beseitigt werden dadurch, daß die Frau mit dieser ihr zu statten kommenden Rechtswohlthat und mit den Folgen der Verbindlichmachung als Selbstschuldner durch den Richter bekannt gemacht, daß die Art, wie solches geschehen, in dem gerichtlichen Akte verzeichnet wird, und daß darauf die Frau der Vermuthung entsagt[16]. Alsdann beweist die Urkunde, daß die Frau ihr eigenes Geschäft vollzogen habe. Der Gegenbeweis ist jedoch nicht ausgeschlossen: gelingt dieser und ist mithin dargethan, daß das eigentlich beabsichtigte Geschäft eine Intercession sei, so kommt es darauf an: ob die Form derselben beobachtet worden; denn die Form jenes simulirten Geschäfts gilt nun für gar nichts. Daraus folgt, daß, wenn die Frau für alle Fälle verbindlich gemacht werden soll, sie zweimal verwarnt werden muß: zuerst gegen Entsagung der Vermuthung, und dann für den eventuellen Fall vor

15) L. 17, §. 2 D. ad S. C. Vellej. (XVI, 1). — Recht der Ford. §. 376, V, 2. Ist schließlich auch von dem Ob. Tr., gegen seine frühere nun verlassene Ansicht, angenommen durch den Plenarbeschl. v. 28. Febr. 1845, Pr. 1545 (J. M. Bl. S. 95 und Entsch. Bd. XI, S. 33). Auch wenn die Frauensperson eine Ehefrau ist und in ehelicher Gütergemeinschaft lebt, tritt die Vermuthung ein, insofern es sich um die persönliche Verbindlichkeit der Frau handelt. Pr. 1764, v. 29. Juni 1846.

15a) Pr. des Obtr. v. 24. Sept. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 246).

16) §. 232 a. a. O. Ueber die Form s. o. §. 721, I.

den Folgen der Bürgschaft. IV. Aus einer nicht nach der Vorschrift eingegangenen Bürgschaft entsteht für die Frau in der Regel keine Verbindlichkeit[17]). 1. Der Einwand der Ungültigkeit steht gegen Jeden ohne Unterschied der ihm eigenen persönlichen Qualität zu[18]). 2. Er geht auch auf die Erben über[19]). 3. Was aber auf eine unkräftige Bürgschaft bezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden[20]). 4. Ausnahmsweise ist die formlose Bürgschaft gültig: a) wenn die Frau gegen Belohnung sich verbürgt; b) wenn sie durch das Hauptgeschäft Vortheile erhalten hat, wozu sie sonst kein Recht hatte, soweit die Vortheile reichen[21]). — Wiederholung und Beerbung des Hauptschuldners machen die Bürgschaft nicht gültig[22]).

§. 722.

II. Anerkenntniß (constitutum debiti proprii).

Das Wesen des Konstitutums besteht in einer, in Beziehung auf eine schon vorhandene Verbindlichkeit getroffenen, Verabredung ohne die Absicht zu noviren, d. i. ohne den Grund der Verbindlichkeit zu ändern oder zu verwechseln. I. Dem Namen nach ist das Geschäft dem Pr. R. nicht bekannt, aber der Sache nach kommt es vor in dem s. g. Anerkenntnisse, auch wird davon unter dem Titel von Rezeß, Vergleich, Abkommen ꝛc. öfter Anwendung gemacht. Dergleichen Anwendungen finden sich: 1. bei Verträgen, welche wegen mangelnder Form nicht klagbar sind[1]);

---

17) §§. 226, 236, 244 a. a. O. — I, 12, §. 438. Auch nach R. R. ist hier eine obligatio inanis, weil das S. C. Vellej. die Frauen unfähig macht zu intercediren.

18) §. 234 das. — L. 12 D. de minoribus (IV, 4).

19) §. 235 das. — L. 20 C. ad S. C. Veilej. (IV, 29). Diese aus dem R. R. herübergenommenen Bestimmungen könnten ganz fehlen, weil die Bedeutung und die Beziehungen bei uns nicht vorhanden sind.

20) §. 243 a. a. O. Anders nach L. 8, §§. 3, 9 D. eod. (XVI, 1); L. 9 C. eod., wenn nämlich nicht mit Vorbewußt, daß die Bürgschaft ungültig sei, gezahlt worden. Die davon abweichende Bestimmung des A. L. R. beruhet auf einem Irrthum Suarez's, welcher in der Meinung war, seine Vorschrift wiederhole nur das R. R. Jahrb. Bd. XLI, S. 51. Sie paßt nicht zu den Grundsätzen des A. L. R.

21) §§. 240–242 a. a. O. In beiden Fällen ist nämlich ein eigenes lästiges Geschäft der Frau in der Mitte.

22) §§. 244, 237 das. — Vergl. L. 8, §. 13 D. eod., wo jedoch vorausgesetzt wird, daß das beneficium inventarii nicht vorhanden ist.

1) I, 5, §. 185. S. o. §. 550, I, 6. Das Anerkenntniß solcher Verträge, welche wegen mangelhaften Konsenses unverbindlich sind (§§. 186–191), ist kein Konstitutum, sondern Ratihabition. S. o. §. 133, Bd. I, S. 272.

2. bei Verträgen, welche für den Einen wegen seiner persönlichen Unfähigkeit unverbindlich sind [2]); 3. bei dem Darlehn unfähiger Schuldner [3]); 4. bei Cessionen, insofern der Schuldner den neuen Gläubiger (Cessionar) anerkennt [4]). II. Zur Gültigkeit ist, weil bei diesem Geschäfte der Rechtsgrund der Verbindlichkeit lediglich in der Willenserklärung liegt, ohne Unterschied des Gegenstandes die schriftliche Form erforderlich [5]); nur für das Anerkenntniß der von einem Kinde in väterlicher Gewalt ungültig kontrahirten Schulden ist die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben [6]). Ein wesentliches Erforderniß ist die Kenntniß des Anerkennenden von dem Inhalte des Rechtsgeschäfts, welches anerkannt werden soll und die Absicht, sich durch die gegenwärtige Erklärung verbindlich zu machen [7]). Die Annahme kann, wie immer, stillschweigend geschehen.

III. Verträge, welche die Wiederaufhebung bestehender Verhältnisse bezwecken.

§. 723.

1. Das pactum reservati dominii.

A. L. R. I, 11, §§. 266—271. — Dunker, über das pactum reservati dominii; im Rheinischen Museum, Bd. V (Göttingen 1833), S. 65 flg. und die das. angegebene Literatur. — Hoffmann, noch einige Bemerkungen über die Natur und die Wirkungen des Eigenthumsvorbehalts beim Verkaufe (Archiv für civil. Praxis, Bd. XVIII, S. 254 ff.)

Dieses Paktum hat nach Pr. R. die Bedeutung einer Resolutiv-Bedingung (§§. 117 ff. Bd. I, S. 253) [1]) und kann allen

---

2) I, 5, §§. 37, 38. Soll sich die Wirkung auf den Anfang zurück erstrecken, so ist das Geschäft eine Wiederholung des ersten Vertrags (pactum geminatum).

3) L. 11, §. 713. Da hier das Darlehn als solches (der Realkontrakt) ungültig ist, so kann nur das Konstitutum die verbindlich machende Kraft (causa) sein.

4) I, 11, §. 412. Hier ist ein Konstitutum mit Veränderung in den Personen.

5) Entsch. des Ob.-Tr. Bd. III, S. 150. S. o. §. 550, II, 1.

6) II, 2, §. 137.

7) I, 5, §. 190. Pr. 1510, vom 22. November 1844 (Entsch. Bd. X, S. 361).

1) I, 11 §. 266. Ueber die Bedeutung wie über die Herkunft: ob es aus

mittelbaren Eigenthumserwerbungen beigefügt werden, wird aber gewöhnlich mit dem Kaufe verbunden, wirkt jedoch nicht, wie die Resolutiv-Bedingung, ipso jure, vielmehr ist zur Wiedererwerbung des Eigenthums eine Uebergabe erforderlich[2]). 1. Ein wesentliches Erforderniß des Paktums ist die Festsetzung eines gewissen Zahlungstermins, dessen Versäumniß als der Eintritt der Bedingung angesehen wird. Rückständige Leistungen des Verkäufers hindern den Eintritt nicht, wenn nur die Uebergabe geleistet worden ist. Gegen redliche Dritte wirkt es nur dann, wenn es eingetragen worden ist; die Eintragung muß jedoch von Amtswegen geschehen[3]). Fehlt die Bestimmung des Termins, so hat das Paktum bei beweglichen Sachen gar keine Wirkung und bei Immobilien die Kraft einer Hypothekbestellung[4]). 2. Das Recht des Verkäufers aus dem Paktum erlischt durch unbedingte Annahme einer geringern Summe im Zahlungstermine; der Vorbehalt muß aber in der Quittung ausgedrückt werden[5]). Annahme von Abschlagszahlungen vor dem Termine sind einflußlos, nach dem Termine enthält sie einen stillschweigenden Erlaß (Remission), der jedoch wegen Mangels der Form ohne Wirkung und auch nicht als Ausnahme von der Regel: daß Verzichte ausdrücklich erklärt werden müssen, anerkannt ist.

§. 724.

2. Die in diem addictio.

A. L. R. I, 11, §§. 272—294. — Breuning, de obligatione emtionis, cui adjectum pactum addictionis in diem sub conditione suspensiva, si melior conditio non offeratur. Lips. 1779.

I. Die Nebenabrede, daß der Vertrag zum Vortheil des

---

dem R. R. kommt oder durch die Praxis entstanden, sind verschiedene Meinungen. Dunker und Hoffmann a. a. O.

2) §§. 270, 262 d. T. Ist inkonsequent bei einer Resolutivbedingung.

3) A. G. O. I, 50, §. 335. — Hyp.-Ordn. II, §§. 79 u. 80. Die Bedingung der Eintragung zur Wirksamkeit gegen Dritte ist nicht folgerecht.

4) §§. 268, 269 a. a. O. — Ist der Zahltag von einer Kündigung abhängig gemacht, so wirkt der Vorbehalt nur einen Titel zur Hypothek. §. 266 d. T.

5) §. 267 a. a. O. — Nach bereits empfangener Zahlung kann der Vorbehalt mit Wirkung nicht mehr gemacht werden, selbst wenn man das Gezahlte zurückgeben wollte.

Veräußerers unverbindlich sein solle, wenn ein Anderer bessere Bedingungen bietet, nennt das A. L. R. **Vorbehalt eines bessern Käufers**, und ist eben Dasselbe, was das R. R. unter der addictio in diem versteht; sie ist nicht wesentlich nur dem Kaufe eigen. Sie kann die Bedeutung einer Resolutiv-, oder auch einer Suspensiv-Bedingung haben, was von der Absicht der Parteien abhängt. Auslegungsregeln sind: 1. Die Abrede: der Kauf solle erst alsdann, wenn sich bis zu einer gewissen Zeit kein besserer Käufer meldet, gültig sein, wird für eine Suspensiv-Bedingung genommen; 2. der Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer, im Falle sich ein besserer Käufer meldet, gilt für eine Resolutiv-Bedingung; 3. im Zweifel wird für eine Suspensiv-Bedingung vermuthet[1]). II. Das Recht aus dieser Abrede kann nur bis zur Uebergabe ausgeübt werden, wenn keine Zeit bestimmt ist: mit der Uebergabe ohne Zeitbestimmung für die Ausübung ist es erloschen[2]). III. Ob ein sich meldender Käufer ein besserer sei, steht lediglich in der Beurtheilung des Verkäufers[3]), denn er ist befugt aber nicht verpflichtet, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, wenn nicht das Gegentheil verabredet worden ist[4]). Handelt er bei der Aufstellung eines angeblich bessern Käufers arglistig, so kann der Käufer die Festhaltung seines Kontrakts fordern[5]). In allen Fällen hat der alte Käufer den Vorkauf[6]). Erfordernisse zur Ausübung des Rechts sind: 1. daß das zweite bessere Geschäft ein reiner Kauf sei; 2. daß, wenn mehrere Sachen zusammen für Eine Summe verkauft sind oder der Gegenstand ein Inbegriff von Sachen ist, der zweite Kauf sich auf das Ganze erstrecken muß[7]); 3. daß der neue Käufer nicht bei dem ersten Vertrage Mitkäufer oder Mitverkäufer sei[8]), vorausgesetzt, daß die Mehreren in Gemeinschaft stehen, was der Fall ist, wenn nicht die Antheile der Einzelnen bestimmt sind.

---

1) A. L. R. a. a. O. §§. 272—274.

2) §§. 275, 276 das. Ist willkührliche Abänderung des G. R.

3) §. 279 a. a. O. Anders nach L. 4, §. 6, L. 5, 14, §§. 1, 5 D. de in diem (XVIII, 2).

4) L. 9, 10 D. eod.

5) §. 288 a. a. O. — L. 4, §. 5, L. 14 pr. D. eod.

6) §§. 286—289 das. — L. 7, 8 D. eod.

7) §§. 294, 283—286 a. a. O. Anders nach andern Rechten.

8) §. 282 das. Nach L. 13, §. 1, L. 18 D. eod. ist es anders, aber bei vorausgesetzter Getheiltheit.

IV. Wird das Recht ausgeübt, so geschieht die Auseinandersetzung des ersten Käufers mit dem Verkäufer wegen Früchte und Zinsen rc. nach den allgemeinen Grundsätzen [9]). V. Das Recht ist vererblich und cessibel [10]).

§. 725.

3. Das pactum commissorium (lex commissoria).

Albert, über den kommissorischen Vertrag im Allgemeinen, und insbesondere bei Zeitpachtkontrakten über Landgüter. Halle, 1822.

Darunter wird die Nebenabrede verstanden, daß, wenn die Gegenleistung ganz oder theilweise bis zur bestimmten Zeit nicht erfolgt, die betroffene Partei ihr Recht aus dem Vertrage verloren haben solle [1]). Die Pr. Gesetzgebung gedenkt derselben sonst nicht, als daß sie solche bei dem Pfandkontrakte verboten hat [2]). Bei andern Geschäften wirkt sie wie eine Resolutiv-Bedingung, nur mit dem Unterschiede, daß der davon betroffene Theil gar kein Forderungsrecht hat. Der Fall dieser Abrede ist jedoch, da die Forderung daraus die Natur einer Privatstrafe hat, nur alsdann vorhanden, wenn das Ausbleiben der Leistung ungerechtfertigt ist [3]); auch muß der Berechtigte den Fehler sogleich nach Ablaufe des Termins rügen und keine Leistung mehr annehmen [4]). Die Klage des Verkäufers auf Rückgabe ist gegen den Käufer die Kaufsklage [5]), gegen einen Dritten die Eigenthumsklage [6]).

---

9) §§. 290—293 a. a. O. — S. o. §. 676, II.

10) §§. 277, 278 d. T. — S. o. §. 526.

1) L. 4 pr., L. 5 D. de lege commissoria (XVIII, 3).

2) I, 20, §§. 33, 35. Eben so nach L. 3 C. de lege commissoria (VIII, 35).

3) L. 4, §. 4, L. 8 D. eod.

4) L. 4, §. 2, L. 6, §. 2, L. 7 D. eod. — L. 4 C. de pact. inter emt. (IV, 54). Die Meinungen sind über die Bedeutung des „statim" verschieden.

5) L. 4 pr. D. h. t. Die ältern röm. Juristen stritten darüber.

6) L. ult. D. h. t.; L. 4 C. de pact. inter emt. Nach Pr. R. müssen jedoch in jedem einzelnen Falle die Modifikationen berücksichtigt werden, welche das Grundbuchwesen zur Folge hat.

§. 726.

4. Der Reuvertrag (pactum displicentiae).

A. L. R. I, 11 §§. 331, 332.

Dieser abnorme Nebenvertrag, darin bestehend, daß der eine Theil willkührlich solle von dem Kontrakte zurücktreten dürfen, ist nur ausnahmsweise bei dem Kaufe zulässig. Im Allgemeinen verhindert eine solche Abrede den Abschluß (die Perfektion) eines Vertrags (§. 547, I, u. §. 559); aber bei dem Kaufe soll sie die Bedeutung einer Resolutivbedingung haben[7]). Dazu ist jedoch erforderlich, daß eine bestimmte Zeit, bis wohin der Rücktritt zulässig sein soll, verabredet werde und daß der Vertrag noch nicht von beiden Seiten, wenn auch nur theilweise, erfüllt worden sei. Ist die Zeitbestimmung verabredet, aber der Vertrag wechselseitig durch Uebergabe und durch Zahlung oder Sicherstellung des Kaufgeldes vor der Zeit erfüllt worden: so ist dadurch der Reuvertrag in ein pactum de retrovendendo übergegangen[8]). Das Recht zum Rücktritte aus dem Reuvertrage ist wegen der dabei wirksamen individuellen Gemüthsempfindungen nicht vererblich und nicht cessibel.

IV. Vergleiche.

§. 727.

1. Vergleich im engern Sinne.

A. L. R. I, 16, §§. 405—449. — Renthe, Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten. Rostock und Leipzig, 1789.

Vergleich (transactio) heißt der wechselseitige Vertrag, wodurch ungewisse Rechte bestimmt werden[1]). I. Erfordernisse:

---

7) §. 331 a. a. O. — L. 3 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — L. 2 §. 5 D. pro emtore (XLI, 4).

8) §. 332 a. a. O. Anders nach R. R. L. 31, §. 22 D. de aedil. edicto (XXI, 1).

1) I, 16, §. 405. — L. 1 D. de transact. (II, 15); L. 12 u. 32 C. eod. (II, 4). So, und nicht durch den Begriff der Streitigkeit ist der Begriff zu bestimmen, denn auch die Zweifelhaftigkeit des Rechts genügt nach §. 405 d. T. Dennoch ist durch das Merkmal des „wechselseitigen Nachgebens" der landrechtliche Begriff enger als der Römische. Ein Recht kann nach seinem Inhalte und

1. Ein **ungewisses** Recht, mit oder ohne Rechtsstreit[2]); ist schon ein rechtskräftiges Urtel vorhanden, so ist nur noch über die Ausführung ein Vergleich möglich[3]). 2. Wechselseitige Leistung, welche im beiderseitigen Nachgeben hinsichtlich des Hauptgegenstandes oder auch der Nebenbestimmungen und der Modalitäten, aber auch in einer besondern selbstständigen Leistung bestehen kann; einseitiges Zugeständniß ist Anerkenntniß, Erlaß oder Schenkung[4]). 3. Die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form[5]). II. Hinsichtlich des Gegenstandes gelten folgende Bestimmungen: 1. Ueber das Privatinteresse aus unerlaubten Handlungen ist der Vergleich zulässig, mithin kann man auch über Vergehen, die nur auf Antrag des Verletzten gerügt werden, mit der Wirkung einen Vergleich schließen, daß keine Untersuchung eintritt und das bereits anhängige Verfahren oder die Vollziehung der bereits erkannten Strafe auf sich beruhen bleibt[5a]); auf Verfolgungen aber, welche von Amtswegen eintreten, hat ein Vergleich gar keinen Einfluß[6]). 2. Künftige Alimente aus einer gesetzlichen Verbindlichkeit (§. 593) konnten sonst, aus publizistischen Gründen, nur mit Zustimmung

---

Umfange so ungewiß sein, daß keiner von beiden Theilen weiß ob er etwas nachgiebt, wenn es gütlich bestimmt und begrenzt wird, vielleicht giebt in Wahrheit der Eine gar nichts nach. Gleichwohl würde das nach R. R. ein wahrer Vergleich sein. Ob ihn pr. Richter dafür halten würden, stände dahin. Die Wechselseitigkeit muß in der beiderseitigen Gewißheit und Sicherheit gegen Streitigkeiten gefunden werden.

2) L. 2, 11 C. eodem. S. die vorige Note.

3) §§. 408, 409 a. a. O. — L. 23, §. 1 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 32 C. eod. (IV, 5).

4) §§. 410, 411 a. a. O. L. 38 C. eod. — L. 1 D. de transact. (II, 15); L. 3 C. de repudianda (VI, 31). — Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 286. — Der §. 395 a. a. O. muß, damit er paßt, auf die Unwiderruflichkeit bezogen werden.

5) §§. 406, 407 a. a. O. Die Vorschrift, daß, wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen (und diesen gleichstehende Rechte) von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäfts der Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht vorgeschützt werden könne, findet auch auf Vergleiche Anwendung. Ist von den Kontrahenten das vollständig geleistet worden, was in dem Vergleiche unter Aufhebung der Rechte aus dem streitigen Rechtsverhältnisse vereinbart war, so bedarf es, auch bei einem an sich schriftliche Abfassung erfordernden Objekte, keiner schriftlichen Entsagung jener Rechte, worüber transigirt worden, um deren Wegfall herbeizuführen. Pr. 1853 v. 19. Februar 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 83).

5a) Eine Ausnahme macht der Nachdruck. Ges. vom 11. Juni 1837 §. 16.

6) §§. 415, 416 a. a. O. Strafgesetzbuch §. 160. Einf.-Ges. v. 14. April 1851 Art. XVII. Das R. Recht hat hier andere Grundsätze, in Folge der eigenthümlichen Verfassung.

des persönlichen Richters des Alimentarius Gegenstand eines für Diesen verbindlichen Vergleichs sein[7]); diese Mitwirkung ist nach neuem Rechte nicht mehr erforderlich, es genügt die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form[8]). 3. Die Trennung einer Ehe, selbst die bloß faktische, ist kein Gegenstand eines Vergleichs[9]). 4. Ueber Erbschaften aus Testamenten kann vor der Publikation des Testaments kein Vergleich geschlossen werden[10]). 5. Ueber rechtskräftig entschiedene Sachen findet kein Vergleich mehr statt (Note 3). III. Die Wirkung des Vergleichs bezieht sich 1. hinsichtlich der Personen nur auf die Parteien. Daraus folgt: a) daß ein Vergleich über testamentarische Erbrechte den Legataren und Gläubigern unnachtheilig ist, d. h. daß sie sich an den wahren Erben, wenn sie den Beweis dazu erbringen können, zu halten befugt sind, jedoch auch denjenigen, welcher auf Grund des Vergleichs zur Erbschaft gelangt ist, in Anspruch nehmen dürfen, ebenso wie bei dem Erbschaftskaufe (§. 682, III). Hierin findet sich jedoch bei dem Vergleiche die regelwidrige Bestimmung, daß die Legatarien und Gläubiger an den dem Intestaterben abgetretenen Theil der Erbschaft sich nur subsidiarisch halten dürfen[11]). b) Bürgen und Pfandbesteller werden nicht befreiet, denn der Vergleich ist keine Novation[11a]), sie verlieren aber auch nicht ihre Einwendungen, und werden in ihrer Verbindlichkeit nicht verschlimmert[12]). 2. Hinsichtlich des Gegenstandes versteht es sich nach der Natur des Konsenses, daß Generalvergleiche nur auf diejenigen Ansprüche, welche die Partei kannte[13]), und Vergleiche über Forderungen einer gewissen Gattung oder aus einem gewissen

---

7) §§. 412–414 a. a. O. — Anh. §. 51; A. G. O. II, 1, §. 6, Nr. 6. — Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 285. — Nach L. 8 D. eod., u. L. 8 C. eod. ist Dies nur bei testamentarischen und geschenkten Alimenten der Fall.

8) Ges. vom 11. Juli 1845 §. 1 Buchstabe b (G. S. S. 495).

9) II, 1, §. 175. — Pufendorf, Obs. Tom. III, obs. 45, §. 1.

10) §§. 442, 443 a. a. O. Ist die Eine aber irrige Meinung von den verschiedenen Meinungen über die Auslegung der L. 6 D. eod. S. Recht der Ford. §. 383, I, 4.

11) §§. 440, 441 a. a. O. — Vergl. L. 14 D. eod., deren Auslegung und Lesart streitig ist.

11a) S. auch Entsch. des Otr. Bd. XVIII, S. 172 ff.

12) §§. 445–449 a. a. O. Die gemeinrechtlichen Civilisten sind über die Wirkungen in dieser Hinsicht nicht einig. Weil der Vergleich ein selbstständig begründendes Rechtsgeschäft ist, so sollte regelrecht das ihm zum Grunde liegende durch ihn völlig erloschen sein. Vergl. L. 7, §. 1 D. eod.

13) §§. 426—428 das. — L. 5, 9, §§. 1, 3 D. de transact. — L. 31 C. eod.

Verhältnisse nicht auf Ansprüche von einer andern Gattung oder Entstehung bezogen werden können [14]). Bei Vergleichen über Begriffsganze oder Theilungen findet aus dem Grunde, daß Etwas übergangen worden, keine Nachforderung statt [15]), wenn nicht nach einem Inventarium getheilt und einzelne Stücke außer Acht gelassen sind [16]), oder wenn nicht betrogen (Etwas verheimlicht) worden ist [17]). 3. Gerichtliche Vergleiche, wodurch ein prozessualisches Verfahren beendigt wird, sind exekutorisch, wenn sie auch nicht vor dem Prozeßrichter abgeschlossen sind [18]). IV. Die Anfechtung des Vergleichs als ungültig findet aus allgemeinen Nichtigkeitsgründen statt, namentlich: 1. wegen Betrugs, Zwanges und Furcht [19]); 2. wegen Irrthums. Der Irrthum muß sich jedoch nicht auf solche Punkte beziehen, welche der eigentliche Gegenstand des Vergleichs sind und deren Ungewißheit eben Anlaß und Grund des Vergleichs war; er muß vielmehr in einem solchen Punkte stattfinden, den man bei dem Vergleiche als völlig unzweifelhaft annahm, und dieser Punkt muß einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrags (die Person, den Gegenstand ꝛc.) betreffen [20]). Eine Ausnahme soll in Beziehung auf den verglichenen Punkt gelten, wenn Urkunden neu aufgefunden werden, aus welchen der gänzliche Mangel alles Rechts auf der Seite des Gegentheils in diesem Punkte klar hervorgeht [21]). Bezieht der Vergleich sich auf eine Rechnung, so ist, nach der eben angegebenen Regel, die Nachforderung in dem Falle, daß man über die Berechnung selbst

---

14) §. 426 das. — L. 3, §. 1, L. 12 i. f., L. 9 pr. D. eod.

15) §. 438 das. — V. v. 20. Juni 1817, §. 170 (G. S. S. 189).

16) §§. 436 a. a. O. Die verglichenen Theilungsgrundsätze müssen aber auch bei der Nachtheilung angewendet werden. §. 437 d. T.

17) L. 35 D. de pactis (II, 14).

18) §. 444 das. — A. G. O. I, 11, §. 13; I, 24, §. 4. — V. I, v. 4. März 1834, §. 1 (G. S. S. 31). — S. o. §. 670. — A. L. R. I, 17, §. 111. Recht der Ford. §. 310 a. E. — Gemeinh. Theil. Ordn. v. 20. Juni 1817 §. 169.

19) §§. 419, 430 a. a. O. — L. 9, §. 2 D. de transact. (II, 15); L. 13 C. eod. (II, 4). S. o. §§. 104, 105, Bd. I, S. 232.

20) §§. 417, 418 a. a. O. L. 65, §. 1 D. de condictione ind. (XII, 6).

21) §§. 420, 421 a. a. O. Darüber ist eine Meinungsverschiedenheit unter den gemeinrechtlichen Civilisten. — Die Restitution ex capite noviter repertorum gegen einen Vergleich findet nur dann statt, wenn der Restitutionssucher die betreffende Urkunde während der Vergleichsunterhandlungen nicht produzirt hat. Die hinsichtlich einer früher vom Restitutionssucher zurückgehaltenen Urkunde (nach Pr. O. Tit. 16, §§. 17, 21, 22) unter Vorbehalt des Kosten- und Schadenersatzes nachgelassene Restitution ist also auf eine bereits früher vorgelegte Urkunde nicht auszudehnen. Pr. 1999 v. 14. März 1848.

stritt und diesen Streit verglich, wegen später in der Rechnung entdeckter Irrthümer, die nicht bloße Rechnungsfehler sind (§. 663, II, 2), unzulässig; in dem Falle hingegen, wo dem Vergleiche eine unrichtige Rechnung als unzweifelhaft richtig zum Grunde gelegt worden, innerhalb der ordentlichen Verjährung des verglichenen Klagerechts statthaft; dem Andern soll jedoch, wenn er die Nachforderung nicht bewilligen will, der Rücktritt von dem Vergleiche freistehen[22]), wodurch die Sache wieder in den Zustand, welchen sie vor dem Vergleiche hatte, versetzt wird.

§. 728.

2. Kompromiß.

A. G. O. I, 2, §§. 167—176. — Puchta, das Institut der Schiedsrichter. Erlangen, 1823.

Kompromiß[1]) heißt der Vertrag, wodurch zwei streitende Parteien sich vereinigen, ihren Rechtsstreit, statt des ordentlichen Richters, von einer geradezu oder beziehungsweise bestimmten andern Person (Schiedsrichter, arbiter, judex compromissarius) oder auch von Mehreren entscheiden zu lassen[2]). I. Die Erfordernisse sind: 1. Handlungsfähigkeit und Verfügungsfreiheit in Beziehung auf den Gegenstand; 2. bestimmte Bezeichnung der Schiedsrichter, entweder geradezu oder durch Bestimmung der Ernennungsart; 3. ein erlaubter Gegenstand, wofür jede Sache gilt, bei welcher nicht das Gemeinwesen betheiligt ist, mithin nicht öffentliche Straffachen, Statusfragen, Ehesachen, fiskalische Sachen[3]); 4. die schriftliche Form, weil jedes Prozeßverfahren schriftlich sein muß und das Kompromiß die Grundlage des Ausspruchs (Laudum)[4]) ist. II. Das Kompromiß ist aber unwirksam,

---

22) §§. 429, 431—435 a. a. O.

1) Der Name kommt von der Röm. Form, nämlich Stipulation einer Strafe, compromissum oder compromissa pecunia genannt. L. 11, §. 2, L. 3, §. 2, L. 13, §. 1 D. de arbitris (IV, 8).

2) A. G. O. I, 2, §. 167. — L. 1, 3, §. 1, L. 11, §. 1 D. eod.

3) §. 168 a. a. O. — L. 32, §. 6, 7 D. eod. — L. 6 C. ubi causa status (II, 23); c. 9 X de in integrum rest. (I, 41).

4) §. 173 das. Der Ausdruck kommt von den Glossatoren. — Die in den bestätigten Statuten einer Korporation ausgesprochene, von den Mitgliedern der Gesellschaft durch den Beitritt zu derselben gegen die Sozietät übernommene Ver-

wenn die Person, auf welche kompromittirt worden, nicht Schiedsrichter sein will oder wegen Unfähigkeit nicht sein kann. Unfähig sind nur solche Personen, welche nicht die zur Entscheidung erforderlichen Eigenschaften haben und im Auslande wohnen[5]). Schreibunfähige sind nicht absolut unfähig. Die Minderjährigkeit an sich macht nicht unfähig zur Entscheidung, eben so wenig wie ein minderjähriger Beamter unfähig ist zur Verrichtung seines Amts; wohl aber kann er, was davon zu unterscheiden, sich nicht selbstständig dazu verbindlich machen (das Rezeptum abschließen). Nimmt die bezeichnete und fähige Person den Antrag der Parteien an, so ist ein zweiter Vertrag zwischen den Parteien einerseits und dem Schiedsrichter andererseits geschlossen, wodurch die Privatrichter-Anstalt[6]) erst vollendet wird. Dieser zweite Vertrag, Rezeptum genannt, ist ein miethsähnlicher Innominatkontrakt und muß, als ein Vertrag über wiederkehrende Handlungen, schriftlich geschlossen werden (§. 550), auch ist eine ausdrücklich verabredete oder stillschweigend vorausgesetzte Vergeltung ein Erforderniß der Verbindlichkeit[7]). III. Die Wirkungen sind: 1. Der Richter kann durch Exekution gezwungen werden, den Ausspruch zu thun[8]). Gültige Weigerungsgründe sind: a) wenn unter den

---

pflichtung: „sich für den Fall einer förmlichen Klage der Entscheidung des kompeten Gerichts erster Instanz unbedingt zu unterwerfen", und die Entsagung aller ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel mit der Wirkung, daß jene Entscheidung zu Gunsten der Gesellschaft gegen ein Mitglied ohne Weiteres als ein rechtskräftiges Urtel vollstreckbar wird, ist als eine vertragsmäßige Festsetzung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für gültig zu achten. Pr. 1549, vom 1. Februar 1845.

5) A. G. O. §. 169 a. a. O. Nach R. R.: Frauenspersonen, Personen unter 20 Jahren; geisteskranke oder gebrechliche Personen; der bereits ernannte judex, nicht gleichbedeutend mit dem kompetenten Richter in der heutigen Bedeutung. L. 41, 9, §§. 1, 2 D. eod.

6) Schiedsrichter sind durchaus keine Behörde. Wer von den Parteien den Anordnungen des Schiedsrichters nicht Folge leistet, begeht keinen strafbaren Ungehorsam gegen eine Behörde, sondern erfüllt bloß seinen Vertrag nicht. Irrig das R. vom 27. Juli 1832 (Jahrb. Bd. XL, S. 167). Deshalb entsteht auch nach R. R. keine Litispendenz durch den Anfang der Verhandlungen vor dem Schiedsrichter, sondern die Strafe ist verfallen, wenn die eine Partei nachher zum Richter geht. L. 30 D. eodem. Nach Pr. R. steht es anders, wenn nicht etwa nur, wie nach R. R. immer nur geschehen konnte, eine Strafe hauptsächlich verabredet worden ist.

7) I, 11, §§. 870—872. Vergl. das soeben angeführte Rescript.

8) §. 877 a. a. O. V. I, v. 4. März 1834, §. 9. — Vergl. L. 3, 32 §. 12 D. eod. Eine Klage scheint es dazu nach R. R. nicht gegeben zu haben. L. 15 D. eodem.

Parteien selbst kein verbindliches Kompromiß geschlossen ist[9]); b) wenn ihn Alter, Krankheit, eigene Geschäfte oder Streit mit den Parteien hindern[10]). Bei der Entscheidung muß er sich nach den Prozeßgesetzen und dem geltenden Landesrechte richten[11]). Mehrere Schiedsrichter müssen ihre Beschlüsse nach Stimmenmehrheit fassen; für den Fall der Stimmengleichheit müssen die Parteien oder wenn diese nicht einig werden, die Schiedsrichter selbst einen Obmann (superarbiter) ernennen, der den Ausschlag giebt[12]). 2. Die Parteien müssen den Ausspruch als ein richterliches Urtel unter sich gelten lassen. Als nichtig angefochten werden kann es nur: a) wenn eine oder andere Partei gar nicht gehört worden, oder offenbar erhebliche Thatsachen unberücksichtigt gelassen sind; b) wenn gegen ein ganz klares Landesgesetz erkannt worden ist[13]). Der Schiedsrichter selbst, dessen Auftrag mit dem insinuirten Ausspruche ein Ende hat, kann aus diesem Grunde sein Urtheil in keinem Falle ändern[14]). Die Appellation an den ordentlichen Richter der zweiten Instanz findet nur bei einem einfachen Kompromiß, d. h. wenn darin nicht besonders die Verpflichtung, daß man das Laudum ohne Widerrede gelten lassen wolle, ausgedrückt ist, statt[15]). Die Exekution wird, auf Ansuchen der Partei, von dem ordentlichen Richter vollstreckt[16]). IV. Das Kompromiß nimmt sein Ende: 1. wenn die bestimmte Person die Sache nicht übernehmen will; 2. wenn der Schiedsrichter nach geschlossenem Rezeptum nicht zum Spruch vermocht werden kann[17]); 3. wenn der Ausspruch gethan ist (Note 14); 4. wenn die Parteien dasselbe aufheben[18]); 5. wenn eine Partei stirbt und der Ueber-

---

9) L. 9, §. 3, L. 11, §. 1 D. eodem.

10) L. 15, 16 D. eodem; L. 9, §. 4 et 5, L. 10 et 11 pr., L. 17, §. 1 D. h. t.

11) A. G. O. §. 171 a. a. O. Soweit das Kompromiß nichts vorschreibt. L. 7, 32, §. 17 et ult. D. eodem; c. 2 X. de arbitris.

12) §. 170 das. — L. 32, §. 13, L. 17, §§. 4—7 D. eod.

13) §. 172 das. — Vergl. L. 27, §§. 4—7 D. eod.

14) L. 19, §. 2, L. 20 D. eodem.

15) §. 172 a. a. O. S. o. Note 4. Ist nicht R. R., sondern durch die Praxis aufgebracht. Gail Obs., I, 150 No. 8 sqq. — Leyser Med., sp. 65, m. 2, 3.

16) §. 176 a. a. O. — L. 1 C. de arbitris. Der Antrag ist nicht die gewöhnliche Judikatklage, sondern gründet sich auf den Vertrag zwischen den Parteien (actio ex compromisso).

17) Arg. I, 11, §. 51. Einen solchen Rechtsfall s. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIX, S. 96.

18) L. 32, §. 3 i. f., §. 5 D. eod. S. o. §. 567.

gang auf die Erben nicht verabredet worden ist[19]); 6. wenn eine Partei banquerutt wird[20]).

Zweite Unterabtheilung.

Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

§. 729.

Uebersicht.

Die Forderungen aus unerlaubten Handlungen gehen auf Wiederausgleichung der dadurch verursachten Verletzung und sind streng einseitig. Die Aufzählung wird hier nach dem Gegenstande der Verletzung geordnet. Darnach lassen sie sich in drei Klassen theilen. Die eine Klasse besteht in den Forderungen aus Handlungen, welche nothwendig die Persönlichkeit verletzen, als: Ehrenkränkung, Beleidigung der Freiheit, Körperbeschädigung. Die andere Klasse begreift die Forderungen aus solchen Handlungen, welche nothwendig das Vermögen beeinträchtigen, und zwar entweder den Besitz, wie durch Entwendung, Beschädigung an Sachen, Anmaßung fremder Gewerbsberechtigungen, unerlaubte Selbsthülfe; oder den Verkehr, wie durch Betrug und Zwang geschieht. Die dritte Klasse umfaßt die Forderungen aus solchen Handlungen, die zufällig bald die Persönlichkeit bald das Vermögen verletzen. Die Strafsache und die Civilsache präjudiziren einander nicht und sind auch einander nicht präjudiziell*), weil nach Pr. R. der Verletzte bei der Strafsache nicht als Partei zugezogen wird, mithin für ihn der Strafprozeß eine zwischen andern Parteien verhandelte Sache ist**).

---

19) L. 32, §. 3, L. 27, §. 1 D. eod. Aus denselben Gründen, aus welchen das Mandat durch den Tod erlischt.

20) L. 17 pr. D. eod. Der Grund ist derselbe. S. o. §. 659, I, 7.

*) Nach G. R. wird darüber gestritten; doch hat auch danach der Streit wenig Bedeutung, weil der Anklageprozeß so gut wie abgethan ist.

**) Eine Ausnahme s. m. unten §. 738, Note 10.

I. Forderungen aus Verletzungen der Persönlichkeit.

§. 730.

1. Ehrenkränkung (Injurie).

Strafgesetzbuch §§. 152—163. — Einführungsgesetz vom 14. April 1851 Art. XVI—XVIII (G. S. S. 93). — A. G. O. I, 34. — Jarke, die Lehre von den Injurien; in Hitzig Zeitschrift, Bd. XVII, S. 285 flg., u. Bd. XVIII, S. 1 fl. — Weber, über Injurien und Schmähschriften. 4te Auflage. Leipzig, 1820.

Unter der Injurie versteht das Pr. R. Ebendasselbe, was im R. R. mit der Kontumelia bezeichnet wird, d. i. eine unerlaubte Verletzung der innern oder geistigen Persönlichkeit eines Menschen 1). Ehrenkränkung ist keine erschöpfende Bezeichnung: der Gegenstand der Verletzung ist nicht bloß das Ehrgefühl, sondern das ganze Gefühlsvermögen, d. i. die innere Persönlichkeit, die ebenso gewiß geschützt werden muß, wenn der Staat die Selbsthülfe verbieten will, als die äußere Persönlichkeit, der Leib. I. Zum Thatbestande der Injurie gehört Dreierlei: 1. Eine physische Person; bei einer juristischen Person fehlt gerade der Gegenstand der Verletzung, daher nur die physischen Personen, durch welche die juristische Persönlichkeit vorgestellt wird, als die beleidigten Subjekte angesehen werden 2). Wird durch die gegen eine bestimmte Person gerichtete Handlung zugleich noch eine Andere mittelst der zwischen Beiden bestehenden Verbindung berührt: so wird dieser Person eine mittelbare Injurie zugefügt; ist dergleichen Verbindung ein Schutzverhältniß (Ehe, väterliche Gewalt), so gestattet die römische und deutsche Auffassung aus einer solchen Verletzung die Klage nur Denjenigen, welche ein Schutzrecht über die unmittelbar betroffene Person haben 3). Das neue Recht aber

---

1) Das Strafgesetzbuch hat keine Begriffsbestimmung. — L. 1 pr. D. de injur. (XLVII, 10). Ueber den weitern Begriff der Injurie nach R. R.: L. 5, §. 1 D. ad. leg. Aquil. (IX, 2). — Pr. J. de inj. (IV, 4); §. 2 J. de leg. Aquil. (IV, 3).

2) Nach G. R. streitet man darüber. Aus dem ganzen Titel des Strafgesetzbuches von Verletzungen der Ehre (13) ist nicht zu merken, ob der Verfasser sich unter dem Beleidigten nur einen Menschen oder auch eine juristische Person gedacht hat.

3) II, 20, §§. 565—568. — L. 1, §. 3 D. de inj. (XLVII, 10).

sagt: es haben sowohl die beleidigten Ehefrauen oder unter väterlicher Gewalt stehende Kinder, als deren Ehemänner oder Väter das Recht, auf Bestrafung des Beleidigers anzutragen[4]). 2. Eine unerlaubte verletzende Handlung oder Unterlassung[5]). Die sonstige Unterscheidung nach der Art der verletzenden Handlung ist aufgegeben. Eine andere von der alten Gesetzgebung nicht beachtete aber für die Wissenschaft wichtige und von der neuen Gesetzgebung beachtete Unterscheidung ist die zwischen subjektiven oder formellen, und objektiven oder materiellen Injurien. Die subjektiven Injurien werden durch die in äußere Handlungen ausgebrochene verachtende Gesinnung des Beleidigers zugefügt, daher die Handlung an sich unschuldig und gleichgültig sein kann; die objektive Injurie besteht in der Kundgebung einer ihren Urheber verächtlichmachenden Thatsache, mit welcher Kundgebung aber zugleich eine subjektive Injurie verbunden sein muß, um eine Forderung wegen Verletzung zu begründen, weshalb die auf eine objektive Injurie gegründete Klage durch die exceptio veritatis ausgeschlossen wird[6]), wozu jedoch auch die Rechtfertigung des Orts, der Ausdrucksweise und der Umstände, an welchem und unter welchen die an sich wahre Thatsache ausgesprochen worden ist, gehört, sonst würde die Vermuthung der subjektiven (formellen) Injurie nicht widerlegt werden[7]). 3. Die Absicht zu beleidigen (animus injuriandi), d. i. der Vorsatz zu einer Handlung oder Unterlassung, von welcher der Handelnde sich bewußt ist, daß sie den Andern verletzt[8]). Bei zweideutigen oder an sich erlaubten Handlungen muß die Absicht bewiesen werden; bei objektiven Injurien liegt der Beweis dafür in dem beleidigenden Ausdrucke selbst, und der Handelnde muß sich reinigen[9]). II. Die Injurie

---

4) Strafgesetzbuch §. 162. Damit hätten wir die Beimischung von einem Stückchen französischen Rechts, welches bezüglich auf die facultas standi in judicio sowie auf das eheliche und väterliche Schutzverhältniß der Gegensatz des deutschen Rechts ist. Dem Verfasser ist die französische Auffassung der Dinge geläufiger gewesen als die ernste Anschauungsweise der Deutschen.

5) Leyser, Med. sp. 549. Durch erlaubte kann aber doch eine formelle Injurie begangen werden. Strafgesetzbuch §. 154.

6) Strafgesetzbuch §. 156 und 157. — L. 10 pr. 5 C. eod. (IX, 35); L. 18 pr. D. eod.

7) Strafgesetzbuch §§. 154, 158.

8) Kleinschrodt, im Archiv. Bd. I, St. IV, S. 13.

9) Strafgesetzbuch §§. 154, 156—158. — L. 3, §§. 1, 2; L. 4, 44 D. eod. — L. 5 C. eod. — L. 1, §. 38 D. depositi (XVI, 3). — L. 5, §. 3 D ad leg. Aquil. (IX, 2).

begründet eine Privatklage auf Entschädigung und auf öffentliche Bestrafung; die Strafe kann jedoch, wenn nicht der öffentliche Ankläger aufgetreten ist, bis zum Anfange der Vollstreckung des Erkenntnisses erlassen werden[10]). Die sonstige Ungleichheit zwischen Geringen und Vornehmen vor der Gerechtigkeit bei der Rechtsverfolgung wegen Injurien ist nun endlich aufgehoben. Eine andere Lücke in der Gesetzgebung findet sich noch jetzt in Beziehung auf die Entschädigungsforderung. Es giebt da kein Arbitrium, und der Beleidigte hat, wenn er nicht just den positiven und sichtbaren Schaden beweisen kann, nichts zu fordern, wie sehr auch die Verläumdung sein Gewerbe ruiniren mag.

§. 731.

2. Beleidigung der Willensfreiheit.

Die Willensfreiheit wird verletzt: 1. durch widerrechtliches Festhalten der Person; 2. durch Menschenraub. Jede dieser Verletzungen begründet die actio injuriarum auf vollständige Schadloshaltung, wozu auch die Befreiungskosten und standesmäßige Verpflegung, Erziehung und Ausstattung für die Ehefrau und Kinder des Beleidigten gehören[11]). 3. Durch Entführung einer Frauensperson (crimen raptus); 4. Gebrauch einer solchen zur Befriedigung des Geschlechtstriebes ohne ihren Willen (Nothzucht mit Gewalt oder im Zustande der Bewußtlosigkeit). Durch jede der beiden Verletzungen entsteht eine alternative Forderung der Frauensperson, nach ihrer Wahl, auf Heirath oder Entschädigung. Die erstere fällt weg, wenn Ehehindernisse sind oder der Beleidiger sich weigert. Die Entschädigung besteht in der Ehescheidungsstrafe nach dem höchsten Satze, und Beilegung der Rechte einer geschiedenen unschuldigen Ehefrau[12]). Der mit Zustimmung der Frauensperson verübte Beischlaf enthält keine Verletzung, sondern einen Vertrag, der in das Eherecht gehört (§. 747, II, 2, b, u. §. 767, III).

---

10) Strafgesetzbuch §. 160. A. L. R. I, 6, §. 131. S. o. §. 727, II. Ganz anders nach G. R. Recht der Ford. §. 390, II.

11) A. L. R. I, 6, §§. 132–136.

12) II, 1, §§. 1115, 1116 (1127, 1128). — L. 1, §. 2, L. 9, §. 4 D. de injur. (XLVII, 10).

§. 732.

3. Körperbeschädigung.

Die rechtswidrige Verletzung eines Menschen an seinem Leibe giebt dem Verletzten eine Forderung auf Ersatz der ihm dadurch verursachten Vermögensnachtheile, gegen den Beschädiger, nach dem Grade des ihm zur Last fallenden Versehens[1]). I. Ist der Beschädigte eine unverheirathete Frauensperson und besteht die Beschädigung in einer solchen Verunstaltung, daß der Person dadurch die Gelegenheit sich zu verheirathen erschwert wird, was der Richter nach den Umständen, dem Stande und den Vermögensverhältnissen der Frauensperson zu befinden hat: so kann sie von dem Beschädiger im Falle des Vorsatzes, groben oder mäßigen Versehens, standesmäßige Ausstattung; im Falle eines geringen Versehens aber nichts fordern. Andere verunstaltete Personen haben nur dann eine angemessene Entschädigung zu fordern, wenn die Verunstaltung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt und das Fortkommen der Person, beispielsweise beim Militair, dadurch erschwert worden ist[2]). II. Wegen anderer Verletzungen steht nur Personen vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande unter dem Namen Schmerzengeld eine Entschädigung zu, welche zwischen der Hälfte und dem Doppelten der erforderlichen Kurkosten richterlich bestimmt wird; sind dergleichen Kosten nicht entstanden, so fällt die Entschädigung, wegen Geringfügigkeit der Beschädigung, weg; liegt der Beschädigung nur ein geringes Versehen zum Grunde, so hat der Beschädiger nur die Kur-, Heilungs- und Verpflegungskosten zu ersetzen[3]). III. Ist der Verletzte

---

1) Nach R. R. findet nur die actio injuriarum oder legis Aquiliae auf Erstattung der durch die Verletzung veranlaßten Verwendungen oder Verluste am Vermögen statt. L. 15 pr. §. 1, L. 7, §. 8, L. 35, 45 D. de injur. — §§. 1, 8—10 J. eod. — L. 7 pr., §. 4, L. 5, §. 3, L. 13 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

2) I, 6, §§. 123—128. Boehmer ad Carpzov. Qu. XCIX, obs. 1.

3) §§. 111—114 a. a. O. Ueber die Statthaftigkeit des Schmerzengeldes, nach G. R., wird gestritten; aus dem Gesichtspunkte der Entschädigung für verlorne Arbeitszeit ist es nicht zu bestreiten, in dieser Bedeutung aber erkennt es das L. R. nicht zu, denn die Entschädigung für Versäumniß und dergl. soll der Verletzte noch überdies zu fordern haben. Das Schmerzengeld im Sinne das L. R. ist eine Taxe der Schmerzen als solcher; das L. R. taxirt also die Gliedmaßen

durch die Beschädigung dienst- oder arbeitsunfähig geworden, so kann er fordern: 1. im Falle unheilbarer Unfähigkeit, a) bei Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen, auch entgehende künftige Vortheile; b) aus mäßigem Versehen, nur Entschädigung nach der Lage, in welcher der Beschädigte sich zu der Zeit befand; c) aus geringem Versehen, nur die Kur- und Heilungskosten; 2. im Falle zeitweiser Unfähigkeit Versäumnißkosten, nach denselben Grundsätzen; d) im Falle bloßer Erschwerung oder Vertheuerung des Geschäftsbetriebes Vergütung nach richterlichem Ermessen[4]). IV. Ist Jemand widerrechtlich getödtet, so geht die Forderung der Erben auf Ersatz aller dadurch verursachten Kosten und Vermögensnachtheile, ohne Rücksicht auf den Grad der Verschuldung[5]), und der armen Wittwe so wie den unversorgten Kindern des Entleibten ist eine Forderung auf Alimente und beziehlich Ausstattung, im Falle des Vorsatzes, groben oder mäßigen Versehens, gegeben[6]). Die Entschädigungsforderung steht bei einer aus Vorsatz, grobem oder mäßigem Versehen verübter Tödtung, auch allen andern Personen zu, welche von dem Entleibten gesetzliche Alimente erhielten[7]).

---

des gemeinen Mannes wie das R. R. die des Sclaven, dessen Herr sich für die durch jede Mißhandlung entstehende Verschlimmerung seiner lebendigen Sache bezahlen lassen konnte. Der vornehme Mann hingegen ist darin unschätzbar, daher er nichts fordern kann, wofür aber „auf eine etwas geschärftere Strafe erkannt zu werden pflegt". Quistorp Grundsätze I, S. 505. Diejenigen, welche in solcher Weise die menschlichen Gliedmaßen zu geldwerthen Vermögensstücken ihres Trägers machen, fußen auf C. C. C. Art. 20, wonach „oberkeit oder richter — dem so also wider recht — gemartert (gefoltert) war, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden, der gebüre ergetzung zu thun schuldig sein sollen." Eine zweifelhafte Quelle, und wenn eine Quelle, doch nicht eine solche, welche die Menschen in zwei Klassen, in schätzbare und unschätzbare scheidet. Das Unpassende des Instituts in dieser Bedeutung zeigt sich selbst.

4) §§. 115—122 a. a. O. — L. 3 D. si quadrupes; L. ult. D. de his, qui effud. vel dejec.

5) §. 98 das. — L. 5 pr. §. 3, L. 6, 7 pr., §. 4, L. 13 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Irrig ist Suarez's Vortrag hierüber aus dem R. R., Jahrb. Bd. XLI, S. 7.

6) §§. 98—108, 110 a. a. O. Nach G. R. ist darüber Streit. Die einzelnen Bestimmungen des A. L. R. sind nicht folgerichtig. Recht der Ford. §. 392, IV.

7) §. 109 das. Der Schade ist hier nur ein mittelbarer, daher fällt der Ersatz im Falle eines geringen Versehens weg. §. 15 das.

II. Forderungen aus solchen unerlaubten Handlungen, welche nothwendig das Vermögen verletzen.

1. Forderungen aus Verletzungen am Besitze.

§. 733.

a) Diebstahl (furtum) und Raub (rapina, bona vi rapta).

Die Entwendungen haben, mit einer einzelnen Ausnahme bei dem Holzdiebstahle, außer dem Schadensersatze keine privatrechtliche Beziehung im heutigen Rechte; alle sich auf Strafe beziehenden Einrichtungen, Klagen und Rechtsmittel des R. R. sind durch die neuern öffentlichen Strafen und Polizeieinrichtungen beseitigt. Auch die die Entschädigung bezweckenden Rechtsmittel hat man durch allgemeine Grundsätze über Schadensersatz absorbiren wollen, die Anwendung hat aber gelehrt, daß damit nicht auszukommen, und die Gesetzgebung hat sich herbeilassen müssen, wieder zu unterscheiden. Diese Unterscheidung bezieht sich auf die Dauer und die Erfordernisse der Klagen für die verschiedenen Fälle. I. Aus der Entwendung entspringen zwei wesentlich verschiedene Klagerechte des Bestohlenen, je nachdem die Urheber der Entwendung die entwendete Sache in ihr Vermögen gebracht haben, oder nicht. In dem erstern Falle gründet der Anspruch sich in dem Eigenthume und in dem Rechte zu Dessen Verfolgung. Darauf beruhet die condictio furtiva, daher dieselbe nur gegen den Entwender, der sich die Sache so oder so zu Nutze gemacht hat, geht [1]), aber gegen den Helfer (cujus ope consiliove furtum factum est) ihren Zweck verfehlt, insofern er nicht an der Sache selbst Theil genommen hat [2]); denn in diesem Falle der Theilnahme geht die Kondiktion gegen alle Theilnehmer, und zwar wegen der unerlaubten Erwerbung, nach R. R., solidarisch [3]). Auch kann diese Klage, als eine Spezies der Eigenthumsklage, nicht wie eine bloße Deliktsklage in kurzer Zeit verjähren. In dem andern Falle

---

1) L. 8 pr. D. de cond. furt. (XIII, 1); §. 19 J. de obl. quae ex del. (IV. 1).

2) L. 5, 6 D. de cond. furtiva (XIII, 1).

3) L. 1, L. 9 C. eod. (IV, 8).

aber sind der Entwender[4]) und dessen Gehülfen nur als Beschädiger zur Entschädigung verbunden. Die darauf gehende Klage, die actio furti, ist eine Klage ex maleficio und der kurzen Verjährung unterworfen. Diesen Unterschied hat die neuere Pr. Gesetzgebung unter Abänderung ihrer frühern generellen Satzung anerkannt, doch mit der Bestimmung, daß die im Eigenthume gegründete Klage (die Kondiktion) nur auf den Belauf des Vortheils, den der Beschädiger (der Dieb) sich durch sein Verbrechen verschafft hat, geht, d. h., daß im Uebrigen nur die der kurzen Verjährung unterworfene Entschädigungsklage anwendbar ist[4a]) und mehrere Diebe mit der Kondiktion nicht solidarisch belangt werden können[5]). Eine Anwendung der actio furti als Pönalklage auf Schadensersatz und Privatstrafe wird noch bei dem Holzdiebstahle gemacht. Darunter versteht man die Entwendung an solchen stehenden Bäumen, welche bloß zum Zwecke der Holznutzung gezogen werden, ohne Unterschied, ob sie in Wäldern oder einzeln auf Feldern stehen. Wegen einfachen, d. i. ersten, zweiten und dritten Holzdiebstahls hat der Beschädigte einen privatrechtlichen Anspruch auf Ersatz des taxmäßigen Werths des entwendeten Holzes, Zahlung des Pfandgeldes und auf eine Privatstrafe des vier-, sechs- und beziehlich achtfachen Werths, oder im Unvermögensfalle verhältnißmäßige Forstarbeit, eventuell Gefängnißstrafe[6]); der vierte und fernere Holzdiebstahl wird mit einer öffentlichen Strafe belegt und der Beschädigte hat nur die gewöhnlichen Rechtsmittel[7]). II. Der Raub, d. i. Diebstahl ausgeführt mittelst Gewalt an der Person, fällt in privatrechtlicher

---

4) Z. E. wenn die Sache, noch ehe er sie mit seinem Eigenthume vermischen oder vollständig in seine Gewalt bringen kann, untergeht. Verschenkt oder vernichtet er sie nach der Besitznahme, so disponirt er darüber wie ein Eigenthümer, verwendet sie mithin nach seiner Laune, nachdem er sie seinem Vermögen einverleibt hat. Er hat sie dadurch zu seinem Vortheil oder Vergnügen verwendet.

4a) Daß die kurze (dreijährige) Verjährung den Mangel einer andern Klage, außer der Deliktsklage, wegen Ersatz einer Vermögensverschlimmerung durch die Handlung eines Andern voraussetze und auch nicht auf Kondiktionen anzuwenden sei, hat das O. Tr. anerkannt durch das Pr. 1883, v. 7. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 97).

5) Deklaration vom 31. März 1838, a. E. (G. S. S. 252).

6) Wer bezahlt hier subsidiarisch die Haftkosten? Der öffentliche Fonds, weil das öffentliche Interesse die Bestrafung des Diebes, so oder so, fordert.

7) Ges. vom 7. Juni 1821 (G. S. S. 89). — Hahn, das Holzdiebstahlsgesetz vom 7. Juni 1821, mit Kommentar, Ergänzungen und Beilagen. Handbuch für Forstrichter, Forstbeamte und Waldeigenthümer. 2. Aufl. Breslau, 1836.

Hinsicht, nach Pr. R., theils unter die Entwendungen, theils unter die Körperbeschädigung, und die Röm. actio vi bonorum raptorum hat keine Geltung mehr. Aber in Beziehung auf die mit dem Raube in Verbindung gebrachte Beschädigung bei Gelegenheit eines Volksauflaufs (Tumult, turba) sind die Grundsätze des R. R. durch die neuere Gesetzgebung wieder hergestellt, mit der Abweichung, daß die Klage nicht auf eine Privatstrafe, sondern nur auf einfachen Schadensersatz geht. Sie findet in solidum statt gegen Jeden, welcher irgendwie, wenn auch nur als Zuschauer, an dem schädlich gewordenen Auflaufe Theil genommen hat[8]).

§. 734.

b) Besitzstörungen.

Die unerlaubten Besitzstörungen erzeugen für den Verletzten eine, nach ihrer rechtlichen Natur hier einzureihende, Forderung auf Wiederherstellung des ruhigen Besitzes und auf Schadloshaltung, wovon jedoch schon in einem andern Zusammenhange Rede gewesen ist (§§. 183—185).

c) Beschädigung an Sachen.

§. 735.

aa) Damnum injuria datum.

Die zur Ausgleichung der widerrechtlichen Beschädigung an Sachen dienende actio legis Aquiliae des R. R.[1]) ist durch die Pr. Rechtsgesetzgebung wesentlich modifizirt. I. Die allgemeine Entschädigungsklage setzt voraus: 1) objektiv einen Schaden (§. 465), wozu ein bloß persönliches Recht, überhaupt jedes Vermögensinteresse in Beziehung auf den Gegenstand, genügt[2]);

---

8) V. vom 17. August 1835, §. 11 (G. S. S. 170). — L. 4 D. de vi (XLVII, 8).

1) Tit. D. ad. leg. Aquil. (IX, 2).

2) I, 6, §§. 1, 10—16. Anders nach R. R., welches ein dingliches Recht erfordert. L. 11, §§. 7, 9 D. eod. — L. 13, §. 12 D. de act. emti (XIX, 1). Auch ein Nutzungsberechtigter kann z. B. vom Bergbauenden Entschädigung für Beeinträchtung seiner Nutzungen fordern. II, 16, §. 112 und Pr. 2055, v. 20. Oktober 1848. Doch gehört dieser Fall eigentlich nicht unter diesen Titel, sondern unter den von unfreiwilligen Ueberlassungen. §. 216.

2. subjektiv a) eine Handlung, die jedoch auch ein für sich bestehendes Unterlassen [3]) sein kann (§. 137, Bd. I, S. 278); b) ein ursachlicher Zusammenhang zwischen Schaden und Handlung (§. 139); c) Zurechnung, doch mit der erheblichen Modifikation, daß das Vermögen des Unzurechnungsfähigen subsidiarisch haftet (§. 140, Bd. I, S. 280); d) Rechtswidrigkeit (injuria, culpa) (§. 144, Bd. I, S. 286). II. Die Klage geht lediglich auf Ersatz des Schadens und Interesses, ohne Beimischung von Privatstrafe, ist also hierin und in Dem was daraus folgt von der actio legis Aquiliae sehr verschieden [4]); der Belauf (Inhalt) der Forderung aber wird nach dem Grade der Verschuldung des Beschädigers und nach Maßgabe des eigenen Versehens des Beschädigten, nach Beschaffenheit der Fälle, verschieden bestimmt (§. 143 u. §. 465). III. Die Klage vererbt sich aktiv und passiv [5]), und verjährt in drei Jahren, in Beziehung auf das ganze Recht auch in den Fällen, wo der aus einer Handlung entstehende, dem Beschädigten bekannt gewordene Schaden so beschaffen ist, daß er, obwohl in wechselndem Umfange, sich auch in der Zukunft erneuert [5a]); doch insoweit der Vortheil des Beschädigers reicht (in id quod ad eum pervenit) erst in 30 Jahren [6]); mit andern gleichzeitig begründeten Klagen konkurrirt sie elektive [7]).

§. 736.

bb) Beschädigung durch Thiere.

Das Pr. R. kennt nicht die Grundsätze der actio de pauperie und der actio de pastu, sondern wendet die ihm eigenthümlichen Grundsätze der lex Aquilia auf den durch Thiere angerichteten Schaden an. I. In dem Falle der Beschädigung durch Thiere überhaupt wird in ähnlicher Art wie bei der actio de pauperie unterschieden: ob das Thier seiner Natur gemäß oder wider seine Natur geschadet hat, aber nur um darnach die Art der Aufmerk-

3) Anders nach L. 13, §. 2 D. de usufr. (VII, 1); L. 8 pr. §. 1, L. 27, §. 9, L. 30, § 3 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

4) L. 2 pr., L. 23, §§. 2—8, L. 27, §. 5, L. 29, §. 8 D. eod.

5) I, 6, §. 28. Anders nach L. 23, §. 8 D. eod.

5a) Pr. 1717 (Pl.-Beschl.) v. 20. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 19.)

6) §. 54 a. a. O. Dekl. v. 31. März 1838, a. E. (G. S. S. 252). — Streit über die Rechtmäßigkeit der beschädigenden Handlung hindert den Anfang der Verjährung nicht. Pl.-Beschl. (Pr. 2197) des Obtrib. vom 22. April 1850 (Entsch. XX, S. 3).

7) L. 18, §. 1 D. commodati (XIII, 6).

samkeit und den Umfang der Verbindlichkeit Dessen zu bestimmen, der wegen seiner Nachlässigkeit für den Schaden aufkommen muß. 1. Hat ein unschädliches und zugleich in der Haushaltung gebrauchtes Thier geschadet, so haftet der Besitzer bloß für einen solchen positiven Schaden, welcher aus der versäumten Aufsicht entsteht; 2. ist das schädlich gewordene Thier wider die Natur seiner Art gefährlich und Dieses dem Besitzer bekannt, so muß derselbe vollständige Genugthuung leisten, wenn er die gehörigen Vorkehrungen verabsäumt hat[8]). Daher muß der Besitzer eines bissigen Hundes, wenn er ihn nicht an eine Kette legt oder wenn die Befestigung derartig ist, daß der Hund sich losreißen kann, für den durch den Hund angerichteten Schaden aufkommen, es wäre denn, daß der Beschädigte selbst das Thier gereizt, oder sich ihm unvorsichtig genähert oder sich unberufen zur Nachtzeit in den von dem losgelassenen Hunde zu bewachenden Bereich gewagt hätte[9]). 3. Wer ein von Natur unschädliches, oder ein mit obrigkeitlicher Erlaubniß gehaltenes schädliches Thier reizt oder sonst zur Beschädigung veranlaßt, macht sich für den Schaden Anderer verantwortlich und für eigenen Schaden jedes Anspruchs verlustig; der Besitzer haftet, wenn sein Versehen dabei konkurrirt, als Mitschuldner[10]). II. Für den Schaden, welchen Thiere durch Abfressen, Niedertreten und dergl. in Feldern 2c. verursachen, haftet der Besitzer, sowie der Hirte oder Aufseher, dem das Vieh übergeben und beziehlich vorgetrieben worden ist, solidarisch[11]). Der Beschädigte darf, um sich wegen der Entschädigung zu sichern, das Pfändungsrecht ausüben (§. 208, Bd. I, S. 399), aber nicht die flüchtigen oder uneinbringlichen Thiere beschädigen, Enten ausgenommen, welche sich auf Privatgewässern zum Schaden der Fischerei einfinden[12]). Die Ausmittelung des

---

8) §§. 73, 74, 78 a. a. O. Der Ausdruck „Eigenthümer" ist ungenau.

9) L. 2, §. 1 D. si quadrup. — L. 11, §. 5 D. ad leg. Aquil. — Hagemann, Landwirthsch. R. §. 287, S. 548. Ein Kettenhund ist ein bissiges Thier und der Besitzer weiß dies, denn er hat eben deshalb den Hund festgemacht. Allein die Bissigkeit ist nicht *wider* die Natur eines Kettenhundes. Die Unterscheidung ist unpraktisch.

10) §§. 75—77 a. a. O.

11) §. 73 a. a. O. — Ed. v. 11. Sept. 1811, §§. 33, 34. — Feldpol. Ordn. vom 1. Sept. 1847, §. 17 (G. S. S. 379). Nur nach den Provinzial-Verordn. v. 1. Mai 1803 u. v. 8. April 1806, §§. 6, 7, 11, und nach I, 22, §. 185 bei Schonungen haftet der Hirte hauptsächlich. Präj. 1300, vom 20. Mai 1843.

12) I, 9, §. 189. Sachs. Sp. B. II, Art. 40, §. 5.

Schadens geschieht, wenn nicht durch Provinzialverordnungen eine gesetzliche Taxe[13], oder sonst[14]) etwas Besonderes vorgeschrieben ist, nach den allgemeinen Regeln. III. Wilde Thiere zu halten, ist aus polizeilichen Gründen verboten[15]). 1. Wer solches ohne obrigkeitliche Erlaubniß thut, hat allen durch wilde oder andere, von Natur schädliche und in den Häusern oder auf dem Lande gewöhnlich nicht gehaltene, Thiere verursachten Schaden unbedingt zu ersetzen; wer die obrigkeitliche Erlaubniß hat, haftet nur wegen Verabsäumung der gehörigen Vorkehrungen; wer Thiere, die von Natur unschädlich, aber in der Haushaltung ungebräuchlich sind, hält, haftet unbedingt[16]) für den unmittelbaren Schaden, der durch dieselben ohne eigene Unvorsichtigkeit oder Veranlassung des Beschädigten verursacht worden ist[17]). 2. In Ansehung der jagdbaren wilden Thiere, welche in ihrer natürlichen Freiheit leben, ist eine Rechtsveränderung eingetreten. Ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des durch das Wild verursachten Schadens findet nicht statt; es kann aber in den Jagdpachtkontrakten darüber vorsorgliche Bestimmung getroffen werden; auch darf ein Jeder das Wild von seinen Besitzungen abhalten und, wenn dennoch erhebliche Wildschäden entstehen, so ist der Landrath, auf Antrag der beschädigten Grundbesitzer, befugt, den erforderlichen Abschuß des Wildes zu veranlassen[18]).

d) Eingriffe in gewerbliche Exklusiv-Berechtigungen.

§. 737.

a) Das Allgemeine.

Jedes besondere Vermögensrecht ist ausschließlich und der Rechtsschutz muß sich auf Alles erstrecken, was einer Person be-

---

13) Dieses ist der Fall in den Provinzen Preußen, Pommern und Brandenburg. §§. 3, 4, 7, 10, 11 der Note 11 gedachten Verordnungen. M. Aufsatz: über die actio de pastu pecoris nach Pr. R.; in der Jur. Zeitschr. 1832, Sp. 1116 flg.

14) Vergl. Feldpol. Ordn. v. 1. Sept. 1847, §. 11.

15) Schon durch die Peinl. G. O. Art. 136.

16) Diese Satzung ist durchaus positiv; sie hat keinen Rechtsgrund.

17) I, 6, §§. 70—72, 75.

18) Jagdpol.-Ges. v. 7. März 1850, §§. 21, 23—25 (G. S. S. 165). Ueber die Ansichten nach G. R. s. Recht der Ford. §. 398, II.

sonders angehört. Daraus folgt die rechtliche Abwehr gegen Eingriffe in besondere Gewerbsberechtigungen, und die Verbindlichkeit des unbefugt Eingreifenden zum Ersatze der durch die unbefugte Anmaßung dem Berechtigten entstehenden Nachtheile. Ein solcher unerlaubter Eingriff in Gewerbe oder Handel, zu welchen nur gewisse Personen berechtigt sind, hat eine öffentliche Strafe zur Folge und begründet für den Verletzten die allgemeine Schädenklage auf Vergütung des zugefügten Schadens und entgangenen Gewinnes [1]).

§. 738.

β) Büchernachdruck und Kunstnachbildung.

A. L. R. I, 11 §§. 1034–1836. — K. O. v. 16. Aug. 1827 (G. S. S. 123). — V. v. 12. Februar 1833 (G. S. S. 26). — Gesetz v. 11. Juni 1837, zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung (G. S. S. 165). — Instruktion des Königl. Staatsministeriums v. 15. Mai 1838, zur Bildung der im Gesetze v. 11. Juni 1837 erwähnten Vereine von Sachverständigen (G. S. S. 277). — Bundesbeschlüsse v. 6. Septbr. 1832, v. 2. April 1835, v. 9. Novbr. 1837 (G. S. 1837, S. 161). — Publikations-Patent über den Beschluß der deutschen Bundes-Versammlung v. 19. Jan. 1845, wegen Erweiterung des Schutzes für Werke der Literatur und Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung. Vom 16. Jan. 1846 (G. S. S. 149). — Bundesakte Art. 18. — Hitzig über das Königl. Preuß. Edikt vom 11. Juni 1837 2c. Berlin, 1838. — Froriep, Schutz vor Nachbildung der Kunstwerke. Nach dem Königl. Preuß. Edikt vom 11. Juni 1837, Berlin, 1838. — Die Preßzeitung, von Hitzig. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur: Klüber Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Kongresses, S. 153, 249, 251, 261, 562. — Kommissionsbericht und Entwurf zu einer Verordnung, v. 11. Februar 1819. — Klüber, Akten des Wiener Kongresses, Bd. IV, S. 21 flg. — Pütter, Abhandl. vom Büchernachdruck. Göttingen, 1774. — Griesinger, der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Moral. Stuttgart, 1822. — Neustetel, der Büchernachdruck nach Römischem Rechte. Heidelberg 1824.

Nachdruck und Nachbildung ist Anmaßung eines fremden Verlagsrechts (§. 407, Bd. I, S. 727), mithin eine rechtswidrige Beschädigung eines Andern an seinem Vermögen, wobei

---

1) Nicht der Eigennutz des Anmaßers, sondern die unerlaubte Beschädigung des Andern ist der Rechtsgrund der Strafe und der Obligation.

Mangel der Absicht der eigenen Bereicherung (Eigennutz) nichts ändert, weil die Beschädigung an sich das Unerlaubte ist [2]). Es hat lange Zeit und viel Kampf gekostet, ehe man das Verlagsrecht für ein besonderes Vermögensrecht hat anerkennen und schützen wollen, und selbst noch die neuere Gesetzgebung huldigt wesentlich dem Kommunismus, indem sie das Verlagsrecht nicht für ein absolut vererbliches Recht wie jedes andere Vermögensrecht, sondern für ein Privilegium auf eine Anzahl Jahre, nach deren Ablauf das Recht wieder als Gemeingut in das Freie fällt, erklärt (§. 690, IV.). Auch der Nächdruck zieht eine öffentliche Strafe nach sich und giebt dem Berechtigten eine Entschädigungsforderung [3]). I. Der Nachdruck ist schon mit dem Abdrucke und beziehlich der Abbildung vollendet; auf die Verbreitung (den Vertrieb) der Abdrücke und Nachbildungen kommt nichts an [4]). Außer dem Abdrucke von ganzen Büchern, Charten, Zeichnungen rc. ist noch Nachdruck: 1. der Abdruck von Manuskripten aller Art ohne Genehmigung des Verfassers oder dessen Rechtsnachfolgers; 2. der Abdruck von nachgeschriebenen Predigten und mündlichen Lehrvorträgen ohne Genehmigung des Autors [5]); 3. der theil- oder stellenweise Abdruck in Sammelwerken, Ergänzungen und dergl., ausgenommen: a) die wörtliche Wiederholung einzelner Stellen eines gedruckten Werkes als Beweise oder als Gegenstände der Kritik; b) die wörtliche Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte rc. in kritische und literar-historische Werke, und in Sammlungen zum Schulgebrauche [6]); 4. Die Herausgabe von Uebersetzungen bereits gedruckter Werke: a) wenn ein in einer todten Sprache erschienenes Werk ohne Genehmigung des Verfassers deutsch übersetzt herausgegeben wird; b) wenn der Verfasser sein Buch gleichzeitig in verschiedenen lebenden Sprachen herausgegeben hat und in einer dieser Sprachen eine neue Uebersetzung ohne seine Ge-

---

2) Man streitet darüber. S. Gutachten des Obertribunals v. 13. Februar 1844, Beilage zum Justizministerial-Blatt von 1844, Nr. 16. — Die Behauptung, daß nur der Nachdruck aus Eigennutz unerlaubt sei, ist just so verständig, wie die, daß der Diebstahl in der Absicht, die gestohlenen Sachen zu verschenken, erlaubt sei.

3) Ges. v. 11. Juni 1837, §§. 10, 15. S. u. Note 10.

4) §§. 2 u. 14 a. a. O. — Ob die beabsichtigte Zahl der Abdrücke ganz oder erst zum Theil vollendet ist, gilt gleichviel.

5) §. 3 ebend. Aber nicht anderer öffentlicher Reden.

6) §§. 1 u. 4 a. a. O. — Aber nicht der stellenweise Abdruck in Sammelwerken, welche bezwecken, den Gebrauch der Originalwerke zu ersetzen.

nehmigung veranstaltet wird [7]). II. Die Forderung geht: 1. auf vollständige Schadloshaltung nach Ermessen des Richters, welches, wenn von dem Verletzten nicht ein größerer Schade nachgewiesen worden ist, bei vorher schon herausgegebenen Werken zwischen dem Verkaufswerthe von 50 bis 1000 Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe sich bewegen darf, und bei ungedruckten Werken durch Schätzung von Sachverständigen bestimmt wird; 2. auf Ueberlassung der konfiszirten nachgedruckten Exemplare auf Abrechnung seiner Schädenforderung, oder, wenn er sie nicht nehmen mag, auf Vernichtung [8]). Für diese Entschädigungsklage ist ein ganz besonderes Verfahren vorgeschrieben [9]), sie ist mit dem Strafverfahren verbunden. Daher befreit die von dem Strafrichter erfolgte Freisprechung von der Anschuldigung unerlaubten Nachdrucks oder unerlaubter Vervielfältigung, wenn sie deshalb erfolgt ist, weil der objektive Thatbestand des Vergehens nicht feststeht, den Angeschuldigten auch von dem Entschädigungs-Anspruche, und der Civilrichter ist nicht befugt, diese als rechtskräftig entschieden zu betrachtende Frage vor sein Forum zu ziehen [10]). III. Der Unternehmer des Nachdrucks und wer das nachgedruckte Werk zum Verkauf hält, haftet solidarisch [11]).

§. 739.

e) Unerlaubte Selbsthülfe.

Die unerlaubte Selbsthülfe (§. 206, Bd. I, S. 394) begründet für den Angegriffenen eine Forderung auf Entschädigung, doch unter der Voraussetzung, daß ihm durch die Selbsthülfe materiell ein Unrecht zugefügt worden ist; denn hat der Selbsthelfer nur

---

7) §. 4, Nr. 3 a. a. O.

8) §§. 11 u. 12 das. Bundesbeschl. vom 19. Jan. 1845, Nr. 5 (G. S. 1846, S. 150).

9) §§. 15—17 a. a. O.

10) Aus dem Grunde, weil der Denunciant gewissermaßen als Civilpartei an dem Verfahren Theil nimmt, ist dieser von dem Ober-Tribunal in dem Nichtigkeitsurtel vom 11. September 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 134) ausgesprochene Satz wol zu rechtfertigen, aber das vorgeführte Beispiel von der Untersuchung wegen Ueberschreitung der Nothwehr paßt nicht, weil ein Kriminal-Urtel gegen einen, nicht als Partei zugezogenen Damnifikaten nie rechtskräftig werden kann.

11) §. 13 das. Bundesbeschl. v. 19. Jan. 1845, Nr. 4.

Das genommen, was ihm die richterliche Hülfe hätte verschaffen müssen: so ist dem Andern nichts zu ersetzen.

§. 740.

2. Forderungen aus Verletzungen im Verkehr.

I. Betrug oder Dolus heißt im Allgemeinen die mit Bewußtsein unternommene Verletzung einer obligatorischen Pflicht, dann der Vorsatz bei einer Beschädigung, im eigentlichen Sinne aber die arglistige Erregung eines Irrthums bei einem Andern, in der Absicht, ihm mittelst desselben zu schaden (fraus). Nur der Betrug in diesem Sinne (§. 105) erzeugt ein selbstständiges Klagrecht auf Schadloshaltung. Sowohl diese Klage (actio doli) als die aus der Anwendung von Furcht und Zwang (§. 104) entspringende Entschädigungsforderung (actio quod metus causa) werden nach den von der allgemeinen Schädenklage (§. 735) geltenden Grundsätzen beurtheilt. Mit dieser Klage kann auch dasjenige vom Fiskus zurückgefordert werden, was dessen Verwaltungsbehörden durch Anwendung des ihnen beigelegten Exekutionsrechts ohne rechtlichen Grund abgenöthigt haben, woraus folgt, daß der Fiskus auch Zinsen nach dem höchsten erlaubten Satze, vom Tage des Empfanges an, zahlen muß*). II. In Verbindung mit der Empfehlung zum Kreditgeben ist die Letztere maßgebend für den Inhalt der durch den Dolus erzeugten Verbindlichkeit. Diese erstreckt sich auf soweit, als der Kreditgebende aus der Empfehlung oder aus der die Empfehlung bezweckenden Simulation einen Beweggrund, sich mit dem Schuldner einzulassen, vernünftigerweise hat entnehmen können und hat die Natur einer Bürgschaft in den Fällen: 1) wenn man dem Kreditsuchenden wider besseres Wissen wahrheitswidrig bezeugt, daß er ein ehrlicher Mann und bei gutem Vermögen sei, oder aus grobem Versehen ein unrichtiges Zeugniß dieser Art in bestimmten Ausdrücken, z. B. daß derselbe ein schuldenfreies Grundstück besitze, giebt**); 2) wenn man in der Absicht, einem Andern Kredit zu verschaffen, mit ihm verstellte Verträge schließt oder andere simulirte Handlungen voll-

---

*) A. L. R. I, 16, §§. 207, 208. — Plenarbeschl. des Obertr. v. 20. Nov. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 12). Pr. 2258, v. 22. Okt. 1850 (Entsch. XX, 539).

**) I, 14, §§. 207, 209—211. — L. 7, §. 10, L. 8 D. de dolo malo.

zieht ***). III. Die betrügliche Verleitung eines Andern zum Kreditgeben macht den Betrüger für allen daraus dem Betrogenen entstandenen Schaden subsidiarisch verantwortlich †).

III. Forderungen aus Handlungen, welche zufällig bald die Person, bald das Vermögen verletzen.

§. 741.

1. Verletzungen durch Staatsbeamte bei Ausübung ihres Amts.

Der Grund, warum ein Staatsbeamter wegen einer, außer dem Falle des Dolus, durch seine Amtshandlung aus Versehen zugefügten Verletzung nach R. R. nicht in Anspruch genommen werden konnte, weil nämlich kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Beamten und der verletzten Privatperson bestand oder durch Auftrag und Bestellung, wegen der Unzulässigkeit eines Vertrags über s. g. liberale Dienste, entstehen konnte, — dieser Grund fällt nach den heutigen Rechtsansichten weg und die beiden Hauptsätze des R. R., wovon der Eine den Fall eines fahrlässigen Richters (judex, qui litem suam facit)[1]) betraf und die Grundlage der unter dem neuern Namen der actio syndicatus bekannten actio in factum war, der Andere aber sich auf eine ungerechte obrigkeitliche Person bezog[2]), sind entbehrlich und im Pr. R. ohne Geltung. Dieses wendet die allgemeine Regel von der Haftbarkeit für Versehen auch auf die Beamten an, denn sie sollen, als Sachverständige, die genaueste Aufmerksamkeit anwenden und jedes dabei begangene Versehen vertreten; nur bei Vormundschaftsverwaltungen ist in der Regel bloß für ein mä-

---

***) §§. 210, 211 ebend. — Anh. §. 47. Die subsidiarische Verpflichtung tritt auch in dem Falle ein, wenn ein Schuldschein mit dem simulirten Bekenntnisse des Empfangs der Valuta in der Absicht ausgestellt worden, daß der angebliche Gläubiger darauf erst Geld negoziire und an den Aussteller abliefere, diese Ablieferung aber unterblieben ist, und der Cessionar daher mit seinem prinzipalen Anspruche aus dem Schulddokumente und der Cession an den Aussteller, wegen Mangels der berichtigten Valuta, nicht hat durchdringen können. Pr. 1515, v. 6. Nov. 1844.

†) §. 212 a. a. O. — Nach der Regel sollte der Betrüger als Korrealschuldner haften.

1) L. 15, §. 1 D. de judiciis (V, 1); Pr. J. de obl. quae quasi ex del. (IV, 5).

2) Tit. D. quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur (II, 2).

ßiges Versehen einzustehen[3]). Es ist aber, um die rechtliche Natur des Forderungsrechts und darnach die Erfordernisse und Eigenschaften der Klage zu bestimmen, zwischen den Amtshandlungen zu unterscheiden. Die Verhältnisse, womit eine Verwaltung verbunden ist, z. E. die Vormundschaft, das Depositalwesen 2c., scheiden hier ganz aus: die daraus entstehenden Forderungen verändern ihre rechtliche Beschaffenheit dadurch nicht, daß gewisse Personen vom Staate dazu angestellt sind, diese Verhältnisse mit Privatpersonen einzugehen. Die übrigen Amtshandlungen fallen nach der Veranlassung in zwei Klassen: in solche, wozu der Verletzte Auftrag oder Bestellung gegeben hat, und in solche, wobei Das nicht der Fall ist. Die Handlungen der erstern Art beruhen auf einem vertragsmäßigen Verhältnisse und die daraus entspringenden Forderungen der Parteien müssen folgerecht nach den Grundsätzen von miethsähnlichen Innominatkontrakten beurtheilt werden[4]); auf die andern Handlungen hingegen und die dadurch verursachten Rechtsverletzungen finden die Grundsätze der actio in factum (Syndikatsklage) und die kurze Verjährung Anwendung[5]). Die Syndikatsklage gegen einen Richter, der ein rechtswidriges Urtel fällt, ist nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts nicht unstatthaft, auch wird sie, wie nach R. R., nur durch bösen Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht aber durch ein bloßes Versehen begründet[6]). In allen Fällen ist die Entschädigungsverbindlichkeit eines Beamten subsidiarisch, dergestalt, daß die Vertretung nur alsdann stattfindet, wenn kein anderes gesetzliches Mittel, den Folgen des Versehens abzuhelfen, mehr

---

3) A. L. R. II, 10, §§. 88, 89; II, 18, §§. 301, 464, 465, 474, 514.

4) S. o. §. 708, II, und die Note 8 das. — Die gewöhnlichen Vorstellungen der Preuß. Rechtsgelehrten über das Verhältniß der Beamten zu Privatpersonen, mit welchen sie im Amte zu thun haben, sind schwierig und unbestimmt. Auch hierin bewährt es sich, daß die Gesetze wissenschaftliche Produkte der Verfasser sind.

5) S. Note 8 zu §. 708. Eine und dieselbe Handlung kann nach den verschiedenen Seiten verschiedenartige Forderungen hervorbringen, z. E. die Amtshandlung eines Exekutors: die Exekutionsvollstreckung ist in Beziehung auf den Ansucher Vollziehung eines Auftrags, und in Beziehung auf den Exequendus eine Handlung außerhalb dem Falle eines Vertrags. I, 6, §. 54. Dieses Parteien-Verhältniß wird in der Pr. Rechtsverfassung durch den Mittelsmann (den Richter) verdunkelt aber nicht umgewandelt; in der rheinischen (franz.) Verfassung ist es unmittelbar anzuschauen.

6) Pr. des Obertr. 443, v. 6. März 1838 (Entsch. Bd. III, S. 251 flg.), verglichen mit m. Beurtheilung der ersten zehn Bände der Entscheidungen 2c. S. 184. — A. G. O. Th. III, Tit. 1, §§. 12, 13, 22, 23.

übrig ist, selbst wenn sich der Beamte eines groben Versehens (culpa lata) schuldig gemacht hat[7]). Eine Klage auf vorläufige Feststellung der Vertretungsverbindlichkeit eines Beamten, bevor die übrigen Mittel zur Befriedigung des Beschädigten angewendet worden sind und der Betrag des Schadens feststeht, findet nicht statt, auch ist die Uebergehung des Hauptschuldners, wenn er nicht mehr im Inlande belangt werden kann, wie bei Bürgschaften, nicht zulässig[8]).

§. 742.

2) Actio de effusis et dejectis.

Die Verbindlichkeit zum Ersatze des durch Ausgießen, Auswerfen oder Herabfallen von ausgestellten oder angehängten Sachen aus einem Hause verursachten Schadens, welche den Hauswirthen aufgelegt ist, wenn sie den Urheber nicht nachweisen können (§. 574, Nr. 5), ist eine Anwendung der actio de effusis et dejectis, mit der Abänderung, daß der Wirth durch den gedachten Nachweis befreit wird, — eine Abänderung, die für die Anwendung sehr unbequem ist. Die Ausführung, die man sich wol schwerlich vorgestellt hat bei dieser ausgedachten Verbesserung, stellt sich schwierig; denn wenn der belangte Wirth den Thäter auch nominirt, so kann er doch wol unmöglich ausscheiden, weil er sonst nicht den Nachweis würde führen können, wozu man im Prozesse Partei sein muß; und der Nominirte kann wieder in diesen schon vorgeschrittenen Prozeß nicht füglich als Partei hineingebracht werden, man müßte ihn denn als Adzitaten zuziehen, wobei jedoch wieder die Abnormität vorkäme, daß beide Parteien als dessen Gegner auftreten, ohne aufzuhören, unter sich Gegner zu sein, indem der Kläger ein Interesse dabei haben kann, daß dem Wirthe der Nachweis mißlingt.

---

7) II, 10, §§. 89, 91. Pr. des Obertrib. 8, ohne Datum. Die Versäumung der vorhanden gewesenen Mittel befreit von der Verbindlichkeit.

8) Pr. 504, v. 13. Aug. 1838 u. Pr. 1381, v. 27. Nov. 1843.

Viertes Buch.

Familienrecht.

A. L. R. II, 1—5 und 18. — L. E. W. Schmidt, das Preuß. Familien-Recht, nach dem A. L. R., mit Rücksicht auf das Gemeine und Deutsche Recht, dogmatisch-kritisch dargestellt. Leipzig, 1843. — **Paulsen**, de antiqui populorum juris hereditarii nexu, cum eorum statu civili speciatim juris Scandinavici germanici. Havniae, 1822. — Klenze, das Familienrecht der Cognaten und Affinen. Berlin, 1822.

§. 743.

Begriff und Inhalt.

I. Familie heißt im Allgemeinen der Inbegriff aller durch Blutsverwandtschaft und durch Ehe mit einander verbundenen Personen. In diesem ausgedehnten Sinne genommen hat die rechtliche Bedeutung der Familienverbindung, in Folge der Entwickelung der heutigen Staatsgewalt, so gut wie ganz aufgehört. In engerer Bedeutung versteht man unter Familie den Inbegriff derjenigen, natürlich durch Blutsverwandtschaft oder juristisch durch Vertrag, mit einander verbundenen Personen, welche unter der Gewalt des Hausvaters vereinigt leben, d. h. einen Hausstand bilden. Diese Personen unter dem Hausvater sind seine Ehefrau, die Kinder und das Hausgesinde. Daraus ergeben sich drei Verhältnisse des Familienrechts: die ehelichen Verhältnisse, die Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern, und das Gesinde-Verhältniß, wovon die beiden Ersten natürliche Verhältnisse sind, das Dritte aber künstlich nachgebildet ist. Ein viertes, ebenfalls künstlich der väterlichen Gewalt nachgebildetes Verhältniß, die Vormundschaft, gehört nur noch in manchen untergeordneten

Beziehungen zum Familienrecht, indem sie, zufolge der Idee einer Obervormundschaft des Staats, wesentlich der Familie entzogen und dem Staatsrechte einverleibt ist, so daß sie heutzutage als eine von Staats wegen aufgetragene Verwaltung fremder Geschäfte, gleich einem Kommunalamte, sich darstellt. Wegen der noch vorhandenen Beziehungen zur Familie gehört sie aber gewissermaßen dem Familien- und dem Staatsrechte zugleich an, und deshalb wird sie in einem Systeme des Privatrechts angemessen dem Familienrechte angehängt. II. Auch die dem Hausvater zustehende Gewalt ist in Folge jener Idee im heutigen Rechte durch die auffsehende Obervormundschaft des Staats nicht bloß überhaupt sehr eingeschränkt, sondern auch in ihrem heutigen Umfange unter die Aufsicht der Obrigkeit gestellt[1]). III. Von großer Wichtigkeit ist die Beurkundung der Handlungen und Begebenheiten, wodurch die natürlichen Familienverhältnisse begründet und aufgelöst werden (Civilstandsregister). Die Einrichtung dazu ist in Preußen, mit Ausnahme der Rheinlande, noch sehr mangelhaft. Für die katholischen und evangelischen Glaubensverwandten ist die Führung dieser Register den Pfarrern übertragen, für andere Einwohner[2]) theils den evangelischen Pfarrern, theils den Gerichtsbehörden. Um bis dahin, daß anderweite allgemeine Einrichtungen getroffen sein können, die Uebelstände und Belästigungen zu beseitigen, welche für die Betheiligten aus der häufigen Entfernung des Sitzes des Gerichts entstehen, sind die Obergerichte ermächtigt, an Orten, wo sich das Bedürfniß herausstellt, die Ortspolizei-Behörden oder Polizei-Beamten mit der Aufnahme der Handlungen (Civilstands-Akten) zu beauftragen[3]). Rücksichtlich der Genauigkeit und Zuverlässigkeit ist dabei überall viel zu wünschen, und zur authentischen Beseitigung der nicht selten vorfallenden Irrthümer, sowie zur Berichtigung der Unrichtigkeiten, ist kein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben.

---

1) II, 2, §§. 72, 87, 90, 112.
2) V. v. 30. März 1847 u. Ges. v. 23. Juli 1847.
3) Kön. Erlaß v. 29. April 1848 (G. S. S. 129).

Erstes Kapitel.

Eheliche Verhältnisse.

A. L. R. II, 1. — Altes Recht: Visitation und Consistorial-Ordnung, v. 1573, Kap. Vom Ehestande, bis zum Kap. Vom Aufbieten und Hochzeiten ꝛc. (C. C. M. Tom. I, Abth. 1, S. 273; Rabe, Bd. I, Abth. 3, S. 591 flg.). — Constitution von Verlöbniß- und Ehe-Sachen, v. 15. Dezbr. 1694 (C. C. M. Tom. I, Abth. 2, S. 117; Rabe, XIII, S. 7). — Gitzler, Handbuch des gemeinen und Preuß. Kirchen- und Eherechts der Katholiken und Evangelischen. Abth. II, Eherecht. Breslau, 1840. — v. Hartitzsch, Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechts. Mit besonderer Angabe des Sächsischen und Preußischen Rechts. Leipzig, 1828. — Schott, Einleitung in das Eherecht. Neue Ausg. Nürnberg, 1802. — Hoffmann, Handbuch des deutschen Eherechts, nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts sowohl, als den besondern Landes-, Stadt- und Ortsrechten. Jena 1788. — Grupen, de uxore theotisca, oder Abhandlung von der deutschen Frau. Hannover, 1748.

§. 744.

Einleitung.

Die Ehe ist eine dauernde ausschließliche Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse zweier Personen verschiedenen Geschlechts [1]). Die Verfasser des A. L. R. geben zwar zwei Zwecke der Ehe an, nämlich als Hauptzweck die Erzeugung und Erziehung der Kinder, und als Nebenzweck wechselseitige Unterstützung, diesen in der Absicht, damit auch zeugungsunfähige Personen eine gültige Ehe möchten schließen können [2]); allein die Ehe hat außer sich keinen Zweck, sie selbst ist ihr Zweck und die Kinder-Erzeugung und Erziehung, wie die wechselseitige Unterstützung, sind Folgen derselben (§. 452 a. E.). Weil durch die Ehe eine Familie gegründet wird, so interessirt dabei zugleich das Gemeinwesen, weshalb von jeher und überall die Schließung der Ehen mit einer gewissen Oeffent-

---

1) Im Wesentlichen dasselbe besagt die Definition des R. R. §. 1 J. de pat. pot. (I, 9); L. 1 D. de ritu nupt. (XXIII, 2).

2) II, 1, §§. 1, 2. Man huldigte damit der damaligen Sitte, in den Lehrbüchern auch einen Zweck der Ehe anzugeben.

lichkeit und Feierlichkeit vollzogen wurde, bei den alten Deutschen vor der Volksgemeinde oder dem Gerichte (mallum, daher Vermählung, Gemahl) [3]), nach Annahme des Christenthums vor der Religionsgenossenschaft (kirchliche Trauung). Dadurch und durch die nach den Gebräuchen der Kirche eingeführte vorherige Bekanntmachung in der gottesdienstlichen Versammlung (Aufgebot, professio matrimonii in ecclesia) kamen die Ehesachen an die geistliche Gerichtsbarkeit, die Ehe, durch die christliche Religion unverändert in ihrem Begriffe aber fester und tiefer begründet, wurde eine Kirchensache und der weltlichen Gewalt entzogen, so daß die bürgerliche Gültigkeit der Ehe von der Anerkennung der Kirche abhing [4]), wiewohl man nicht jeder nach dem Kirchenrechte gültigen Ehe alle bürgerlichen Wirkungen beilegte [5]). Die durch den Einfluß der Kirche veranlaßte Lücke im bürgerlichen Rechtsstande hatte die Folge, daß die Nichtchristen für ihre Ehen kein Landrecht hatten und sich ebenfalls nach ihren religiösen Meinungen und Grundsätzen richteten. Dieser Mangel erhielt durch die Kirchenspaltungen eine große Wichtigkeit, indem die zahlreichen Anhänger der Reformation den päbstlichen Satzungen keine Autorität zugestehen. Zwar die Augsburgschen Confessionsverwandten schufen durch ihre Kirchenordnungen ein eigenes Eherecht, allein sowohl für die verschiedenen christlichen Sekten wie für Nichtchristen fehlte in dieser Beziehung ein bürgerliches Recht. Das war der Zustand, welchen die landrechtliche Gesetzgebung vorfand. Sie hatte die Wahl, entweder die Eingehung und Trennung der Ehe mit Stillschweigen zu übergehen, d. h. jede Religionspartei bei ihrem eigenen Kirchenrechte und beziehlich bei ihren Religionsgebräuchen zu belassen, und jede darnach gültig geschlossene und geschiedene Ehe anzuerkennen, oder ein allgemeines bürgerliches Eherecht vorzuschreiben. Geschah das Erste, so waren zwei Uebelstände die Folge: die Ehesachen blieben der weltlichen Gerichtsbarkeit entzogen, und die gemischten Ehen waren entweder gehindert oder veranlaßten Wirren und Verlegenheiten;

---

3) Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 433 lit. h. — Lex Sal. Tit. XLVI (Pact. XLVII) §. 1. Der deutsche Freibauer hat so gut eine „Gemahlin" wie sein Häuptling.

4) Glosse zum Sachsensp. Bd. III, Art. 28, u. Schw.-Sp. Art. 375 verweisen auf das kanon. R.

5) L. Longob. I, 30, §. 2; II, 2, §. 1. — II F. 29. — Eichhorn, deutsche Rechtsgeschichte, §. 351.

geschah das Andere, so verlor die Ehe ihre religiöse Bedeutung und damit ihre Heiligkeit, ohne welche die Ehe zu einer bloßen Geschlechtsgemeinschaft sinkt. Die Gesetzgebung hat einen prinziplosen Mittelweg genommen: hinsichtlich der Scheidung gilt bloß bürgerliches Recht, hinsichtlich der Eingehung ist zwar auch ein bürgerliches Recht vorgeschrieben, aber die Gesetzgebung und Verfassung ist hierbei unvollendet, denn bei der Eingehung einer Ehe muß die Kirche mitwirken und es fehlt die Einrichtung, wodurch es möglich ist, eine nach bürgerlichem Rechte zulässige Ehe zu vollziehen, wenn die Kirchengewalt ihre Mitwirkung versagt [6]. Die Vormundschaft des Mannes, unter welche die wahre Ehe, nach deutscher Ansicht, die Frau brachte [7], ist im A. L. R. vorausgesetzt, mithin gegen den Grundsatz des R. R. wieder angenommen [8]. Auch die nach deutschem Rechte neben der wahren Ehe vorkommende laxe Ehe, bei welcher nicht, wie bei jener, vor der Eingehung eine feierliche Verlobung (desponsatio) vorging [9] und auch nicht alle civilrechtlichen Wirkungen der Ehe eintraten (Note 5), ist unter dem Namen der Ehe zur linken Hand [10] beibehalten.

Erster Abschnitt.

Rechte oder wahre Ehe. *)

I. Gründung der Ehe.

1. Erfordernisse.

§. 745.

a) Das Allgemeine.

Die Ehe ist ein Vertrag, aber kein obligatorischer. Im Allgemeinen werden mithin die Erfordernisse zur Eingehung eines

---

6) Daher die bekannten Schwierigkeiten, auf welche geschiedene Personen bei Eingehung einer neuen Ehe stoßen, selbst in der evangelischen Kirche.

7) L. Alemann. Tit. 54; L. Long. II, 10 c. 1; L. Burg. Addit. I, c. 13. — Sachs. Sp. III, 45. — Kraut, Vormundschaft, S. 171.

8) S. u. §. 749 u. o. §. 112, Note 10.

9) Du Chesne, Tom. II, p. 404. — Gaupp, Recht und Verfassung der Sachsen, S. 191. — Eichhorn, deutsche Rechtsgeschichte, §. 54.

10) II, 1, §§. 835—932. Diese ist das s. g. matrimonium ad morganaticam s. ad legem Salicam, das alte Konkubinat. S. u. §. 764.

*) II, 1, §§. 1—834, 933—1014. Diese Lehre ist von den Verfassern des A. L. R. sehr gut und folgerichtig bearbeitet.

Vertrags vorausgesetzt; doch befähigt die Handlungsfähigkeit oder deren juristische Ergänzung allein noch nicht, eine bestimmte Ehe zu schließen. Die Gründe, aus welchen eine Ehe für unzulässig gehalten wird, heißen Ehehindernisse (impedimenta matrimonii). Sie sind entweder absolute (impedimenta dirimentia), wenn sie die Ehe ungültig machen, oder relative (imp. impedientia), wenn sie nur den Handlungen, wodurch die Ehe gegründet wird, hinderlich sind, die wirklich geschlossene Ehe aber doch bestehen lassen. Das Pr. R. nähert sich hierin dem R. R., indem die impedimenta alle dirimentia sind, bis auf Zwei, nämlich die Trauerzeit, welche ein impedimentum impediens ist[1]), und ein Fall des mangelnden väterlichen Konsenses (§. 746, III); nur darin weicht Es wieder vom R. R. ab, daß die impedimenta dirimentia in zwei Klassen geschieden werden, wonach sie entweder imp. publica oder privata sind. Darnach kann die Ehe nichtig, oder nur ungültig sein. I. Die Nichtigkeit hat den Sinn, daß, wo dieselbe ausgesprochen ist, der Staatsanwalt von Amts wegen eine solche Ehe anfechten muß[2]). Die Klage des Staatsanwalts verjährt nicht, weil eine solche Ehe nur ein thatsächliches Verhältniß ist, welches zu allen Zeiten im Interesse des Gemeinwesens und der guten Sitten beseitigt werden kann. Aus diesem Verhältnisse entstehen keine Rechte und Pflichten unter den Parteien, doch aber gegen einen unwissenden Dritten[3]). Eine nichtige Ehe kann auch nicht konvaleszíren, es kann allenfalls nach Beseitigung des Hindernisses nur eine Ehe von Neuem geschlossen werden[4]). II. Ungültig ist eine solche Ehe, in Beziehung auf welche nur eine bestimmte Person das Recht hat, dieselbe anzufechten; nur auf Antrag des Berechtigten soll sie für nichtig erklärt werden. Geschieht Das, so ist die Ehe von Anfang an nichtig[5]). Wenn vorher das Hinderniß gehoben wird, oder wenn die Ungültigkeitserklärungsklage verjährt ist: so ist die Ehe von Anfang an gültig[6]).

---

1) II, 1, §§. 19—24, 1001.

2) §§. 950, 951 a. a. O. V. vom 28. Juni 1844, §. 5 (G. S. S. 184).

3) §§. 952, 960, 961 das.

4) §§. 941, 945—947 a. a. O. Ist die ordentliche Folge jeder Nichtigkeit,

5) §§. 973, 974 a. a. O.

6) §§. 975, 976 das. In diesem Falle kommt auch den Kindern, welche in der Ehe geboren aber nicht erzeugt worden sind, die Vermuthung der Zeugung durch den Ehemann zu statten, nicht aber im Falle der Auflösung. Pr. 1232. vom 28. Novbr. 1842.

Die Klage verjährt binnen 6 Monaten, die jedoch nach Verschiedenheit der Fälle verschieden anfangen [7]; wenn aber der Ungültigkeitsgrund Zwang, Betrug oder Irrthum ist, binnen sechs Wochen nach der Entdeckung [8]. III. In beiden Fällen soll eine öffentliche Geldstrafe von 10 bis 300 Thlr. oder verhältnißmäßiges Gefängniß eintreten, und zwar bei einer nichtigen Ehe unbedingt, bei einer ungültigen nur dann, wenn auf Ungültigkeitserklärung geklagt wird oder noch geklagt werden kann, doch in den Fällen, wo die Ungültigkeit sich im Mangel einer Einwilligung gründet, nur dann, wenn wirklich geklagt wird [9].

§. 746.

b) Ehehindernisse.

I. Trennende Hindernisse und zwar Fälle der Nichtigkeit sind: 1. Blutsverwandtschaft und zwar a) in gerader Linie, b) in der Seitenlinie nur im zweiten Grade, d. h. zwischen Geschwistern, und zwar ohne Unterschied: ob die Verwandtschaft ehelich oder unehelich [1]; 2. Schwägerschaft in gerader Linie [2], ebenfalls ohne Unterschied: ob das Verhältniß des einen frühern Ehegatten zu den Aszendenten oder Deszendenten des Andern auf einer ehelichen oder unehelichen Zeugung beruhet [3]. Eine Dispensation von diesen Verboten findet nicht statt [4]. In allen übrigen Fällen der Verwandtschaft ist die Ehe erlaubt, ohne Rücksicht auf ein kirchliches Verbot [5]. 3. Bestehende Ehe. Die zweite in der Regel nichtige

---

7) §§. 984, 986, 990, 994 das.

8) §§. 941—944 a. a. O. Wenn auch die Eheleute getrennt von einander leben. Pr. des Otr. vom 8. Juli 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 239).

9) §§. 1009—1012 das.

1) §§. 3 und 4 das. Daß die uneheliche Verwandtschaft väterlicher Seits durch Anerkenntniß Seitens des Vaters festgestellt werde, läßt sich mit gültigem Grunde nicht bezweifeln. Schles. Arch. Bd. V, S. 185. — L. 17 C. de nupt. (V, 4); §§. 1, 2 J. eod. (I, 10). L. 17 pr. de ritu nupt. (XXIII, 2).

2) §§. 5 und 6 das. Die Bedeutung des §. 6 zeigt sich in den weitern Graden; für den ersten Grad hat diese Vorschrift schon wegen der verbotenen Bigamie keine Bedeutung.

3) V. vom 22. Dezbr. 1843 (G. S. 1844, S. 47). Dadurch ist der §. 62 des Anh. zum A. L. R. aufgehoben. Quelle ist das Kan. Recht. c. 3 X. de sponsal. — c. 1—6, 9, 10, 35, C. 27, qu. 2.

4) II, 1, §§. 10, 935, 947. — V. vom 22. Dezbr. 1843.

5) §§. 7, 12 a. a. O. — Anh. §. 63. Die zur Heirath einer Mannsperson mit ihrer Tante nach §. 8 d. T. erforderliche Dispensation haben die Konsistorien zu ertheilen. R. vom 22. Februar 1846 (J. M. Bl. S. 99). Wer ertheilt sie bei Juden und freien Gemeinden? S. Note 8.

Ehe ist jedoch in dem Falle ausnahmweise nur ungültig, wenn beide Theile über die Fortdauer der ersten Ehe in schuldloser Unwissenheit sind: in diesem Falle steht bloß dem ersten Ehegatten die Anfechtung der zweiten Ehe zu[6]. 4. Ehebruch, oder verdächtiger Umgang, oder Stiftung von Mißhelligkeiten, wenn deswegen die Scheidung erkannt worden ist, und auch ohne Scheidung im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod des unschuldigen Ehegatten, wenn mit dem Ehebruche oder verdächtigen Umgange Nachstellungen nach dem Leben des Verstorbenen verbunden gewesen[7]. Hiervon ist Dispensation durch die Staatsbehörde möglich[8]. Das thatsächliche Zusammenleben solcher Personen, welche sich wegen dieses Verbots nicht heirathen dürfen, soll die Polizei hindern[9]. 5. Standesungleichheit ist nach neuem Rechte kein Ehehinderniß mehr[10]. In Beziehung auf vergangene Fälle sind bereits gegründete Privatrechte nach dem alten Rechte zu beurtheilen[11]. 6. Der aktive Militairstand. Offiziere, auch solche, welche zur Disposition oder auf Wartegeld gestellt sind, müssen die Einwilligung des Regenten, und Unteroffiziere und Soldaten die des Chefs oder Kommandeurs von ihrem Regimente, Bataillon oder Korps haben[12]. Eine scheinbar ähnliche Bestimmung ist für die unmittelbaren Staatsbeamten gegeben, doch hängt bei ihnen nicht

---

6) §§. 16, 936, 942—945 a. a. O. — §§. 6, 7 J. de nuptiis (I, 10).

7) §§. 25—29, 937 a. a. O. Suarez, Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 105. Nov. 134, c. 12.

8) Die Konsistorien sind damit nach der K. O. vom 15. März 1803 (N. A. Bd. III, S. 24; Rabe, Bd. VII, S. 323), und R. v. 17. Dezbr. 1811 und vom 19. März 1841 (J. M. Bl. 1841, S. 140) beauftragt, das gilt aber nur für Katholiken und Evangelische. Bei Juden, Christkatholiken und freien Gemeinden ist eine Behörde dafür nicht bestimmt. Die Polizeibehörde würde nach der rechtlichen Natur des Ehehindernisses (es ist nicht kirchlich) zuständig sein.

9) K. O. vom 4, und R. vom 27. Oktbr. 1810 (v. Kamptz, Annal. Bd. XVIII, S. 785; Mathis, Bd. X, S. 1; Rabe, Bd. X, S. 440). — R. des Pol. M. vom 21. Novbr. 1821 (v. K. Annal. Bd. VI, S. 141); und vom 20. Juli 1840 (Min. Bl. der inn. V., 1840, S. 259); Circ. des J. M. vom 2. Novbr. 1838 (Jahrb. Bd. LII, S. 470).

10) Staatsgrundgesetz vom 31. Januar 1851, Art. 4.

11) Darüber s. m. die erste Ausgabe dieses Buches.

12) §§. 34, 35, 938 a. a. O. — V. vom 1. Septbr. 1798 (N. C. C. Tom. X, S. 1701; Rabe, Bd. V, S. 192). — K. O. vom 29. Novbr. 1802 (Rabe, Bd. VII, S. 275). — Kriegsart. 29, von 1808. Die neuen Kriegsartikel von 1844 befassen sich nicht mehr mit der civilrechtlichen Bestimmung. Art. 51.

die Gültigkeit der Ehe von der Erlaubniß ab[13]). Ehemals auch Ungleichheit der Religion. Die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen, wenn sie nicht nach den christlichen Kirchengebräuchen eingegangen war[14]), sollte nichtig sein. Dieses Ehehinderniß fällt nach Art. 12 der V. U. weg. II. Fälle der Ungültigkeit. 1. Die Ehe eines Mannes mit seiner Tante oder Großtante, welche an Jahren älter als der Mann ist, wenn dazu nicht die Erlaubniß des Staats nachgesucht und erlangt ist[15]). In Beziehung auf diesen Fall ist die Gesetzgebung inkonsequent; denn wenn die Dispensation nicht gesucht oder erlangt worden ist, fehlt es an der Möglichkeit, die dennoch geschlossene Ehe anzufechten, da der Staat nur nichtige Ehen aufheben lassen kann und von den beiden Ehegatten und deren Verwandten Keiner an seinem Rechte verletzt ist[16]). 2. Die Ehe mit einer an Kindesstatt angenommenen Person während der Dauer des Verhältnisses. Die Anfechtung der Ehe steht dem Kinde oder dessen Vormunde, dem Erstern binnen 6 Monaten nach der Vollziehung, oder wenn es minorenn ist, nach der Volljährigkeit zu[17]). 3. Unfreiheit bei der Einwilligung in Folge von Zwang, Betrug, oder Irrthum in der Person oder in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person. Die Anfechtung ist dem

---

13) K. O. v. 18. Oktbr. 1800; vom 17. Juli 1816 (G. S. 1816, S. 214); vom 3. Septbr. 1817 (G. S. S. 301). — Mil.-Kirchen-Ordn. vom 12. Febr. 1832, §. 33. — Anh. z. A. L. R. §. 70.

14) So muß wol die Bestimmung der §§. 36, 939 verstanden werden, so daß z. E. die Ehe zwischen Juden und Christen nicht an sich, sondern nur dann nichtig ist, wenn sie nach jüdischem Ritus geschlossen worden. Anders nach L. 6 C. de judaeis (I, 9), und c. 2 C. 28, qu. 1, in deren Sinn die Königsberger Gerichte auch in der Dr. Falksonschen Ehesache die Vorschrift verstanden und angewendet haben. Der Dr. Falkson, ein Jude, hatte sich nämlich mit einer Christin zu Hull von einem Prediger in der Dreieinigkeitskirche nach den Formen des anglikanischen Ritus trauen lassen. Der Staatsanwalt zu Königsberg klagte gegen die Eheleute auf Nichtigkeit der Ehe, im Jahre 1847, und die Gerichte I. und II. Instanz erkannten nach dem Antrage. Die Eheleute revidirten. Inzwischen erschien die V. U. vom 5. Novbr. 1848 mit ihrem Art. 11. Infolge dessen nahm der Staatsanwalt die Klage zurück, das Fundament der Klage für erledigt anerkennend. Das Ober-Trib. setzte demgemäß die Erk. I und II. Inst., so weit sie die Nichtigkeit der Ehe aussprachen, außer Kraft, verurtheilte aber die Eheleute in die Kosten der Revisionsinstanz. Darnach hielt denn auch das Ober-Trib. den Klagegrund für richtig.

15) §§. 8, 9, 948 a. a. O. Wer die Dispensation ertheilen soll, ist nur in Beziehung auf die evangelische Staatskirche bestimmt. S. oben Note 5 u. 8.

16) Der Fall ist wol nur uneigentlich zu den ungültigen Ehen gerechnet; abgehandelt wird er in der Lehre von den nichtigen. §§. 948 und 968 a. a. O.

17) §§. 13, 969, 985—989 a. a. O.

Verletzten binnen 6 Wochen nach gehobenem Zwange oder Entdeckung des Betruges oder Irrthumes gestattet; die Erben sollen diese Befugniß nicht haben, ausgenommen wenn keine Kinder vorhanden sind, und dann wird die noch übrige Zeit vom Todestage an verdoppelt [18]. 4. Mangelnde Einwilligung des Vaters [19], oder der Mutter und der Vormundschaft, oder der Großeltern und der Vormundschaft, oder, wenn keine Aszendenten sind, der Vormundschaft allein. Wird der Konsens ohne gültigen Grund versagt, so kann er durch das Gericht ergänzt werden. Gründe zur Versagung der Einwilligung sind überhaupt alle die Umstände, aus welchen eine unglückliche oder mißvergnügte Ehe wahrscheinlich zu besorgen ist, besonders aber Mangel an dem nöthigen Auskommen; Verurtheilung des Andern zu einer schimpflichen Kriminalstrafe, Hang zur Verschwendung, zum Trunk, zur Liederlichkeit oder zu sonst einem groben Laster; früher schon einmal verschuldete Scheidung; epileptische oder ansteckende Krankheit und Schwindsucht; grobe wörtliche oder thätliche Beleidigung der Eltern und Großeltern Seitens des andern Theils; Versuch des Kindes, die nicht erbetene oder die verweigerte Einwilligung durch heimliche Ehegelöbnisse, d. h. solche förmliche oder unförmliche Eheversprechen, welche ohne Zuziehung oder Genehmigung der Eltern und Großeltern eingegangen, aber deshalb doch nicht ungültig oder rechtlich unwirksam sind [20], oder durch Entführung, oder durch andere unerlaubte Mittel zu erzwingen [21]. Die ohne solche Einwilligung vollzogene Ehe kann nur von dem Vater in dem Falle, wenn der Sohn noch in seiner Gewalt oder die Tochter noch nicht 24 Jahr alt war, binnen 6 Monaten nach erhaltener Nachricht von der vollzogenen Ehe, von den Uebrigen aber nur wegen eines Vor-

---

18) §§. 38—40, 971 das. — Vergl. L. 21, 22, 30 D. de ritu nupt. (XXIII, 2). Im §. 39 ist aus Versehen der Ausdruck „nichtig" gebraucht.

19) Nach G. R. entsteht hieraus, bei Kindern in väterlicher Gewalt, Nichtigkeit. Pr. 272, vom 16. Mai 1837 (Entsch. III, 1).

20) Der Begriff ist streitig. Pr. 428, vom 13. März 1838 (Entsch. Bd. III, S. 360).

21) §§. 59—67 a. a. O. — Boehmer, de necessar. parent. et curat. consensu in nupt. Halae, 1740. — Ludwig, Diff. juris romani et germanici in connubial. consensu parentum. Halae, 1721. — Hennig, über Rechte und Befugnisse der Eltern bei Verheirathungen ihrer Kinder. Wittenberg, 1797. — Die heutige elterliche Einwilligung ist ein Ueberrest der altdeutschen Uebertragung des Mundiums über die Frau an den Mann. Grimm, Rechtsalterth. S. 448.

theils des Bevormundeten angefochten werden[22]. 5. Mangel der Einwilligung des Vormundschaftsgerichts bei der Ehe Bevormundeter mit ihrem Vormunde oder dessen Kindern. Der zu bestellende neue Vormund kann die Ehe wegen Abneigung oder Nachtheil des Mündels und, wenn solches unterblieben, der gewesene Mündel selbst noch binnen 6 Monaten nach der Majorennität anfechten[23]. 6. Unmannbarkeit, welche angenommen wird, wenn der Mann noch nicht 18, und die Frau noch nicht 14 Jahre alt ist. Der Ehegatte, welchem das vorgeschriebene Alter fehlt, kann binnen 6 Monaten nach Zurücklegung desselben die Ehe anfechten[24]. 7. Die schuldlose Bigamie (Note 6). III. Die bloß hindernden Hindernisse sind: 1. Die Wartezeit nach Auflösung einer Ehe. Eine Wittwe und eine geschiedene Ehefrau soll 9 Monate, oder bis zur Entbindung warten, ausgenommen wenn sie geständlich nach der Ehetrennung geschwängert worden, oder wenn die Scheidung wegen böslicher Verlassung geschehen ist. Nach Ablauf von 3 Monaten kann, wenn nachgewiesen wird, daß keine Schwangerschaft vorhanden, Dispensation, die von dem persönlichen Richter ertheilt wird, erfolgen. Ein Wittwer soll 6 Wochen warten[25]. 2. Der Mangel der väterlichen Einwilligung bei einem nicht mehr in väterlicher Gewalt stehenden Sohne, und bei einer 24 Jahre alten Tochter, wenngleich sie schon verheirathet gewesen sind[26].

---

22) §§. 45—72, 972, 994—1000 a. a. O. Vergl. Pr. J. de nupt. (I, 10); L. 25, 19 D. de ritu nupt. (XXIII, 2), wonach die väterliche Einwilligung nur wegen der väterlichen Gewalt nöthig war. Jetzt hat der Konsens eine andere Bedeutung. S. die vorige Note a. E. und die Note 19.

23) §§. 14, 968, 977—984 a. a. O. — L. 6 C. de interd. matrim. (V, 6). — L. 66 D. de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 28, §. 3 D. de liberis (XXVIII, 2).

24) §§. 37, 970, 990 das. Dieser Fall scheint, nach §§. 991, 992 a. a. O., mit dem vorigen verwechselt zu sein. — Dem R. R. liegt hierbei eine andere Ansicht zum Grunde. Pr. J. de nupt. (I, 10); L. 4 D. de ritu nupt. (XXIII, 2).

25) §§. 19—24, 1006, 1007 a. a. O. — Anh. §. 64. — R. v. 10. Dezbr. 1819 (Jahrb. Bd. XIX, S. 173). — Suarez, Vorträge, ebend. Bd. XLI, S. 104.

26) §§. 46, 997 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. III, S. 360. Die Folge der Verheirathung ohne Konsens ist, daß der Vater das Kind, wenn er Grund zur Versagung des Konsenses gehabt hat, bis auf die Hälfte des Pflichttheils enterben kann; und es findet keine Klage gegen den Vater, auf Ertheilung oder Supplirung des Konsenses unter Vorbehalt dieser Enterbung oder mit dem Antrage: zu erkennen, daß es des Konsenses zur Kopulation nicht bedürfe, statt. Pr. 1632, vom 6. Novbr. 1845 (Entsch. XII, 299). Wenn also die Brautleute keinen Civilstandsbeamten finden, welcher ohne diesen Konsens traut; so kann die Ehe nicht zu Stande kommen. Man hilft sich in solchen Fällen gewöhnlich mit Reisen ins Ausland.

§. 747.

2. Eheverlöbnisse.

A. L. R. II, 1, §§. 75—135. — J. H. Boehmer, Exercit. ad Pand. P. IV, exerc. 69. — Gregel, von Eheverlöbnissen. Würzburg, 1801.

Ehegelöbniß (desponsatio) heißt die Verabredung einer künftigen Ehe [1]. I. Die wesentlichen Erfordernisse sind: 1. Die Voraussetzungen einer gültigen Ehe zur Zeit des Verlöbnisses; später erfolgende Dispensation von dem Ehehindernisse macht das Verlöbniß nicht gültig; Mangel der erforderlichen Konsense auf der einen Seite macht das pactum nur claudicans [2]. Die bloß hindernden Ehehindernisse (§. 746, III) machen das Ehegelöbniß nicht ungültig, weil die Voraussetzungen einer rechtsbeständigen Ehe genügen [3]. 2. Keiner der Verlobten darf bereits gültig verlobt sein [4]. II. Nach der Eingehung unterscheidet man förmliche und formlose wirksame Ehegelöbnisse. 1. Die förmlichen Ehegelöbnisse erfordern zu ihrer Rechtsgültigkeit: a) Beurkundung durch ein Gericht, oder vor Notar und Zeugen, oder, wenn die Verlobten gemeine Landleute sind, vor dem vollständig besetzten Dorfgerichte, und zwar immer an dem Aufenthaltsorte der Braut [5]. b) Persönliche Gegenwart. Nur der Bräutigam, welcher sich nicht an dem Aufenthaltsorte der Braut befindet, kann sich durch einen gerichtlich bestellten Bevollmächtigten vertreten lassen [6]. c) Die Braut muß, wenngleich sie selbstständig ist, doch einen von ihr selbst gewählten männlichen Beistand haben [7]. 2. Formlose Ehegelöbnisse werden auf zweierlei Weise rechtlich wirksam: a) wenn

---

1) §. 75 a. a. O. — L. 1 et 2 D. de sponsalibus (XXIII, 1).

2) §§. 76—79 a. a. O. — L. 7, §. 1 D. de sponsal. (XXIII, 1).

3) Dieses hat Suarez bei seiner Bemerkung zum §. 76 in seinen Vorträgen, Jahrb. Bd. XLI, S. 108, ad 2 nicht berücksichtigt.

4) §§. 80, 133, 134 a. a. O.

5) §§. 82—84, 86 a. a. O. — Schrift war schon nach dem Ed. v. 8. Febr. 1770 erforderlich. Nach G. R. genügt die mündliche Abrede. Entsch. des Ober-Trib. Bd. II, S. 368.

6) §§. 85—87 a. a. O. Es ist nicht konsequent, daß, wenn der Vertrag notariell aufgenommen werden kann, doch eine notarielle Vollmacht nicht genügen soll. Das hätte ebenfalls durch das Gesetz über die Form einiger Rechtsgeschäfte, vom 11. Juli 1845, geändert werden mögen.

7) §§. 88, 91 a. a. O. Eines Beistandes bedarf es nicht bei solchen Eheverträgen, die nicht ein Ehegelöbniß enthalten, sondern selbiges als schon bestehend voraussetzen und nur Vermögensbestimmungen betreffen. Pr. 1021, v. 21. Juni 1841.

in Folge mündlicher Verlobung mit beider Theile Bewilligung das Aufgebot, wenn auch nur zum ersten Male, erfolgt ist, vorausgesetzt daß die Erfordernisse (I) vorhanden sind[8]; b) wenn nach gegebenem Eheversprechen der Versprechende die Frauensperson, wenngleich zum wiederholten Male (s. u. §. 767, Note 4a u. 9), schwängert und ein lebendiges Kind geboren wird, wobei sich gleichfalls versteht, daß solche Mängel, welche selbst ein förmliches Verlöbniß unwirksam machen, durch die Schwängerung nicht gehoben werden; der Beischlaf ohne Schwängerung ersetzt die Form gar nicht[9], auch wirkt dieses Verlöbniß nur eine einseitige Verbindlichkeit des Mannes zum Vortheil des Weibes. Sind trennende Ehehindernisse vorhanden, welche die Geschwächte nicht gekannt hat, so findet zwar keine Klage auf Vollziehung der Ehe, wohl aber auf die Ehescheidungsstrafe zur Abfindung statt[10]. Ist kein lebendiges Kind zur Welt gekommen oder ist dasselbe binnen 24 Stunden nach der Geburt verstorben, oder hat die Geschwächte die trennende Hindernisse gekannt, so wie, wenn gar kein ausdrückliches Versprechen gegeben worden ist, in welchem Falle die Hingebung von Seiten eines bisher ehrbaren ledigen Weibes auf das Begehren des Mannes[11], ohne einen schändlichen Zweck, z. E. des Erwerbes, ein stillschweigendes Ehegelöbniß enthält: so wirkt die Uebereinkunft doch die Verbindlichkeit des Mannes, entweder die Frauensperson mit Beseitigung der etwa in seiner Person vorhandenen Hindernisse zu heirathen, oder ihr eine Abfindung zu geben[12], wenn sie sich nach der Schwängerung nicht so betragen hat, daß eine Scheidung gegen sie begründet

---

8) §. 92 das. — Anh. §. 67.

9) §§. 93, 94, 1035—1047, 1062, 1063 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. X, S. 382. Vergl. Bd. IV, S. 103, und Simon, Rechtssprüche, Bd. I, S. 422. — Die Wissenschaft der Geschwächten, daß der Schwängerer, welcher großjährig ist und nicht mehr unter väterlicher Gewalt steht, zur Eingehung der Ehe des väterlichen Konsenses bedarf, schließt den Anspruch der Geschwächten auf Ehevollziehung, Ausstattung und sonst nach §. 1048—1052 d. T. nicht aus. Pr. 1536, vom 21. Februar 1845. Denn in diesem Falle ist der Mangel dieses Konsenses nur ein hinderndes, kein trennendes Ehehinderniß. S. oben §. 746, III, 2.

10) §§. 1041—1059 a. a. O. Vergl. die vorhergehende Note.

11) Ist umgekehrt die Weibsperson der Verführer, so wird eine unehrenhafte Absicht von ihrer Seite angenommen, welche ein rechtlich wirksames Paktum ausschließt. §§. 1064, 1028 das.

12) §§. 1060—1063 a. a. O. — Recht der Ford. §. 391, Nr. 5. S. u. §. 767, III. Vergl. die Note 9. Das A. L. R. I, 3, §. 37 hat die nun verschollene Ansicht von einer unerlaubten Handlung und muß deshalb, um nicht gegen den Grundsatz, daß aus gemeinschaftlichen unerlaubten Handlungen keine Ansprüche des Einen an den Andern entstehen (§. 36 das.), zu einer Ausnahme greifen.

sein würde, wenn dieser Mann mit ihr verheirathet wäre[12a]). III. Aus einem solchergestalt zu Stande gekommenen Ehegelöbnisse kann, mit der eben gedachten Ausnahme der alternativen Verbindlichkeit, auf Vollziehung der Ehe geklagt werden[13]), und zwar, wenn keine Zeit bestimmt ist, sogleich nach fruchtloser Aufforderung. Die Klage verjährt binnen einem Jahre nach der letzten fruchtlos gebliebenen Aufforderung; die Aufforderung aber muß geschehen binnen Einem Jahre nach der bestimmten Zeit, und wenn keine Zeit bestimmt ist, binnen Zwei Jahren nach Abschluß des Ehegelöbnisses, d. h. die Verjährungsfrist ist Ein Jahr nach der bestimmten Zeit oder, wenn eine Zeitbestimmung fehlt, Zwei Jahre vom Tage der Eingehung; die Verjährung wird aber durch außergerichtliche Mahnung unterbrochen und es fängt von da eine neue einjährige Verjährung an[14]). Eine zweijährige Verjährung tritt auch bei dem unförmlichen, durch befruchtenden Beischlaf bekräftigten Verlöbnisse ein, sie fängt hier mit dem Tage der Niederkunft an, wird nicht durch außergerichtliche Mahnung unterbrochen, verwandelt aber, wenn der Schwängerer während dieser zwei Jahre die Geschwächte mit Unterhalt versorgt hat, die Klage auf Vollziehung der Ehe in eine Forderung auf Ausstattung, und ruhet durch die Zeit, während welcher der Geschwächten der Aufenthalt des Schwängerers, nach ihrer eidlichen Versicherung, unbekannt gewesen ist[15]). IV. Wirkung der Klage ist in der Regel nicht Zwang auf Vollziehung der Ehe, sondern die Folge für Den, welcher auch auf die Verurtheilung das Verlöbniß ohne gültigen Grund nicht erfüllen will, so wie für Den, der durch sein Betragen dem Andern rechtliche Ursache zum Rücktritte giebt, ist eine Privatstrafe, und wenn diese nicht bestimmt werden kann, eine öffentliche Strafe[16]). 1. Die Privatstrafe ist: a) Verlust der ge-

12a) §. 1079 d. T. — Vergl. unten §. 767 a. E.

13) §§. 82, 99 a. a. O. Anders nach R. R. (Gellius, IV, 4) und nach c. 17, 22 X de sponsalibus (IV, 1).

14) §§. 97, 128—130 a. a. O. Die Auslegung ist streitig.

15) §§. 1083—1086 a. a. O. Vergl. wegen der Mahnung I, 9, §. 561. Die Verlängerung der Verjährung durch die Zeit, während welcher der neue Aufenthalt unbekannt ist, soll nach der Auslegung des §. 1085 Seitens des Otr. nicht eintreten, wenn der Schwängerer im Lande bleibt, wegen §. 1087. Pr. 2164, II, vom 28. Decbr. 1849 (Entsch. XVIII, 530). Darnach enthielte dann der §. 1085 nur eine Vorschaift für das Ausland! Denn Ausgewanderte können in der Regel hier nicht verklagt werden.

16) §§. 112—120 das. Die Privatstrafe kann bei einem durch Schwängerung oder Aufgebot bekräftigten Verlöbniß nicht Anwendung finden, weshalb

machten Geschenke und Zurückgabe der empfangenen; die Klage auf Zurückgabe verjährt in Einem Jahre nach der Aufhebung des Verlöbnisses [17]; und überdies b) Zahlung des Vierten Theils der ausgesetzten Mitgabe, oder des Gegenvermächtnisses, oder des Erbtheils, falls keine Konventionalstrafe festgesetzt ist. Für diese Abfindung haften die Eltern, welche in das Verlöbniß gewilligt haben und demnächst mit dem Rücktritte einverstanden sind, subsidiarisch. Diese Forderungsrechte (a und b) gehen nicht auf die Erben über, ausgenommen aktiv dann, wenn sie dem Erblasser schon rechtskräftig zugesprochen waren, und passiv dann, wenn der Erblasser auf die Klage wegen Vollziehung der Ehe sich schon schriftlich geweigert, oder mit einer andern Person wirklich verheirathet hatte [17a]. 2. Ist keiner dieser Fälle zu Bestimmung der Abfindung vorhanden, so tritt verhältnißmäßige Geld- oder Gefängnißstrafe ein (Note 16). 3. Von der Regel, daß die Vollziehung der Ehe nicht erzwungen wird, gilt eine Ausnahme bei dem durch befruchtenden Beischlafe bekräftigten Verlöbnisse. a) Ist ein förmliches Verlöbniß oder auch nur ein ausdrückliches mündliches Eheversprechen vorausgegangen, und ein lebendiges Kind geboren und über 24 Stunden alt geworden: so werden der Verlobten, wenn der Schwängerer die Trauung verweigert, der Name, Stand und Rang desselben, mit Ausnahme des Adelsstandes, sowie alle Rechte einer unschuldig geschiedenen Ehefrau und die gesetzlichen Ehescheidungsstrafen zuerkannt [18]; sie hat daher, wenn ihr statt der Ehescheidungsstrafe lebenslängliche Alimente gegen den Schwängerer zuerkannt sind, nicht das Recht, auf Erhöhung der Alimente anzutragen, wenn der Schwängerer zu bessern Vermögensumständen gelangt [18a]. Wenn sie aber mit Anstellung der Klage bis nach dem Tode des Schwängerers gewartet hat, so kann sie gegen dessen Erben nicht mehr auf Beilegung der Rechte einer geschiedenen, für unschuldig erklärten Ehefrau, sondern nur auf Aus-

---

auf die öffentliche Strafe wegen zugefügter Kränkung, aus §. 119 d. T., nach Art der Injurienklage, zu klagen ist.

17) §§. 112, 132 a. a. O.

17a) §§. 124—127 a. a. O. — Die Bestimmung ist nicht folgerichtig. S. oben §. 192.

18) §§. 1035—1040, 1052 das.

18a) Denn der §. 1075 a. a. O. bezieht sich nur auf die Abfindung einer nicht unter dem Versprechen der Ehe geschwängerten Frauensperson. Entscheidungen des Ober-Tribunals, Bd. XIII, S. 304.

stattung klagen[18b]. b) Sind im Falle des unförmlichen aber ausdrücklichen Eheversprechens trennende Ehehindernisse, wovon die Geschwächte nichts wußte, vorhanden und kann oder will der Schwängerer solche nicht beseitigen, so werden ihr, ohne daß auf Vollziehung der Ehe geklagt werden darf, gleichfalls die Befugniß, den Namen des Schwängerers als dessen rechtmäßige doch geschiedene Ehefrau zu führen, beigelegt und die gesetzlichen Ehescheidungsstrafen als Abfindung zuerkannt. Die Führung des Namens fällt weg, wenn das Ehehinderniß ein verbotener Verwandtschaftsgrad oder schon bestehende Ehe des Schwängerers ist; dann muß aber die Geschwächte dafür, außer jener Abfindung, noch besonders entschädigt werden[19]. c) Hat die Geschwächte das trennende Hinderniß gekannt, oder ist kein lebendiges Kind zur Welt gekommen oder das Kind binnen 24 Stunden nach der Geburt verstorben, oder hat kein ausdrückliches Eheversprechen vor der Schwängerung stattgefunden: so hat die Geschwächte nur eine Abfindung zu fordern, wenn der Schwängerer sie nicht heirathen will[20]; ist er dazu bereit und die Geschwächte verschmäht ihn, ohne daß er rechtliche Ursache zum Rücktritte von dem Verlöbniß gegeben hat, oder beträgt sie sich nach der Schwängerung so, daß ein unkeuscher Umgang mit einem andern Manne zu vermuthen ist[20a], oder verlobt oder verheirathet sie sich bevor der Schwängerer sich erklärt hat, ob er sie heirathen wolle: so hat sie, außer Entbindungs-, Tauf- und Sechswochenkosten, Nichts zu fordern[21]. Die Abfindung wird, mit Rücksicht auf den Stand der Geschwächten und auf das Vermögen des Schwängerers, nach richterlichem Ermessen so bestimmt, daß die Geschwächte Hoffnung erhalte, eine standesmäßige Heirath zu finden[22]. Die Eltern des Schwängerers haften in dem Falle, daß die Geschwächte dessen Namen führen darf, für die Abfindung subsidiarisch, wenn sie sich an dem Rücktritte des Sohnes dadurch betheiligen, daß sie sich die

---

18b) §. 1089 d. T. Pr. 1827, vom 1. Februar 1847 (Entsch. Bd. XIII, S. 303).

19) §§. 1041—1059 das. Vergl. oben die Note 9.

20) §§. 1060—1063 das. Das Wissen eines hindernden Hindernisses schließt den Anspruch auf Ehevollziehung nicht aus. Note 9.

20a) §§. 1079 und 673 das. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. XIII, S. 318.

21) §§. 1061, 1079—1082, 135, 1024 das. — Entsch. des Otr. Bd. IV, S. 103.

22) §§. 1065—1075 a. a. O.

Führung des Namens nicht gefallen lassen wollen[23]), wobei sich versteht, daß dieser Widerspruch der Geschwächten den Namen nicht entziehen kann. V. Der einseitige Rücktritt (repudium) von dem förmlichen, oder dem durch Aufgebot gültig gewordenen Verlöbniß, im Gegensatz zu einem, durch Beischlaf verbindlich gewordenen Eheversprechen, ist aus folgenden Gründen zulässig: 1. wenn die Erfüllung des Verlöbnisses von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht oder auf eine ungewisse Zeit hinausgesetzt worden, und die Bedingung oder der Zeitpunkt noch nicht eingetroffen ist[24]); 2. wegen eines Ehescheidungsgrundes; 3. wegen verdächtigen Umganges, geringer Thätlichkeiten, schimpflicher oder verächtlicher Begegnung[25]); 4. wegen erst nach der Verlobung eingetretener oder bekannt gewordener Verurtheilung zu einer schimpflichen Kriminalstrafe, Verschwendung, Trunksucht Liederlichkeit oder sonst groben Lasters, und wegen schon einmal verschuldeter früher nicht bekannt gewesener Scheidung[26]); 5. wegen einer erst nach der Verlobung entdeckten ekelhaften, ansteckenden oder überhaupt unheilbaren Krankheit; 6. wegen einer vorher verheimlichten auffallenden Häßlichkeit des Körpers oder eines ekelhaften Gebrechens; 7. wegen eines jeden Betrugs, wenn auch nur in Ansehung des Vermögens; wegen eines Irrthums in Ansehung des Vermögens aber nur dann, wenn es den künftigen Eheleuten an dem nöthigen Unterhalte fehlen würde[27]); 8. wegen solcher Veränderungen in der Person oder in den persönlichen und Vermögensumständen, welche den Andern von dem Verlöbniß wahrscheinlich abgehalten haben würden, wenn er sie vorausgesehen hätte[28]); 9. wegen Religionsveränderung des Andern, nicht wegen eigener; 10. wegen bei dem Andern eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit; 11. wegen ge-

---

23) §. 1076 das., nach Analogie des §. 117. Die Bestimmung des §. 1076 ist unklar.

24) §§. 95, 96 das. — Vergl. c. un. §. 1 de spons. 6.

25) §§. 100, 101 a. a. O. Beleidigung rechtfertigt den Rücktritt auch in dem Falle, wenn der Vater des einen Verlobten, welcher mit diesem gemeinschaftlich von dem Verlöbniß zurücktritt, in der bezeichneten Art beleidigt worden. Pr. 1106, vom 25. Januar 1842.

26) §§. 102, 61, 62, 63 das.

27) §§. 103—106 das. Auch die Vorspiegelung eines gewissen Amts gehört dazu.

28) §. 107 das. — Quelle hiervon ist c. un. C. 29, qu. 1.

rechtfertigter Zurücknahme der Genehmigung Seitens der Eltern, Großeltern oder Vormünder[29]). Der Rücktritt von einem durch den Beischlaf verbindlich gewordenen Eheversprechen ist nur wegen eines von der Geschwächten nach dem Beischlafe gegebenen Ehescheidungsgrundes zulässig, auch wird der Schwängerer von seiner Verbindlichkeit gegen sie dadurch befreiet, daß sie sich vor angestellter Klage mit einem Andern wirklich verheirathet; ein bloßes Verlöbniß der Geschwächten berechtigt ihn noch nicht zum Rücktritte[30]). VI. Wird ein Verlöbniß mit beiderseitiger Bewilligung oder aus zufällig eintretenden Gründen getrennt, so kann jeder Theil das Gegebene zurückfordern; stirbt ein Theil, so kann der Andere, nach seiner Wahl, das Empfangene behalten und das Gegebene überlassen, oder das Letztere gegen Zurückgabe des Empfangenen wiederfordern[31]).

§. 748.

3. Vollziehung der Ehe.

Zur Gründung einer wahren Ehe ist ein vorheriges förmliches Verlöbniß nicht erforderlich[1]). Die Vollziehung der Ehe geschieht durch Erklärung der wechselseitigen Einwilligung[2]) in der vorgeschriebenen Form. Zur Form gehört die nicht wesentliche, wie eine peremtorische Citation wirkende[3]), öffentliche Ankündigung (Aufgebot) und die wesentlich nöthige Ehevollziehung. I. Das Aufgebot muß der Trauung vorhergehen und zwar bei Katholiken und den der evangelischen Staatskirche Angehörigen in beider Verlobten Religionsgemeinde, mit Benennung des Standes, der Vor- und Zunamen beider Theile und der Eltern der Braut, drei Mal hintereinander, mit Zwischenräumen von je einer Woche, in der

---

29) §§. 108—111 a. a. O.

30) §§. 1079 u. 1080 a. a. O. — Pr. 479, v. 28. Mai 1838. (Entsch. Bd. IV, S. 103). — Meine Beurtheilung der ersten zehn Bände dieser Entsch. S. 231.

31) §§. 122, 123 das.

1) §. 81 a. a. O. Anders nach alten deutschen Ansichten. Gaupp, Recht der alten Sachsen, S. 191. Lex Wisig. III, 1, c. 1; L. Sax. IX.; L. Long. II, 2, c. 2.

2) §. 38 a. a. O. Die Form ist schlechterdings wesentlich.

3) c. ult. X. qui matrimonium accus. possunt (IV, 18).

gottesdienstlichen Versammlung verlesen werden. Mit Dispensation der damit beauftragten Staatsbehörde, die nicht für alle Religionsparteien dieselbe ist[3a]), kann das Aufgebot auf ein zweimaliges, und mit ministerieller Genehmigung auf ein einmaliges gesetzt werden[4]). Wer zu keiner der an seinem Wohnorte befindlichen Religionsgesellschaften gehört, muß sich in der Pfarrkirche, wohin sein Wohnort eingepfarrt ist, aufbieten lassen[5]). Fremde, welche sich im Inlande mit einer Inländerin trauen lassen wollen, müssen, außer dem Aufgebote in dem Gotteshause der Braut, auch ein Attest der Ortsobrigkeit ihrer Heimath, daß es ihnen nach den dortigen Gesetzen erlaubt ist, eine gültige Ehe mit der namhaft zu machenden Ausländerin im Auslande zu schließen[6]), beibringen. Wer sich vom Auslande hier ansiedelt und noch kein Jahr im Lande aufgehalten hat, muß entweder in seiner Heimath aufgeboten werden oder, wenn das nicht zu bewerkstelligen, vor Gericht schwören, daß er noch unverheirathet und ihm auch kein sonstiges Ehehinderniß bekannt sei (Ledigkeitseid, juramentum integritatis s. coelibatus)[7]). Bei solchen christlichen Religionsgenossen, welche einer neu gebildeten andern als der katholischen oder evangelischen Religionsgesellschaft angehören, wird, wenn sie sich nicht evangelisch oder katholisch trauen lassen wollen, das Aufgebot bei dem Gerichte des Ortes, an welchem die Brautleute, und wenn sie in verschiedenen Bezirken wohnen, bei jedem der beiden Gerichte durch 14tägigen Aushang an der Gerichtsstelle und an dem Gemeindehause bekannt gemacht[7a]). Ebenso bei den Juden[7b]). Bei solchen im Staate geduldeten Religionsgesellschaften, deren Religionsdiener Amtshandlungen mit civilrechtlicher Wirkung vorzunehmen befugt sind, wird nach ihren besondern Gebräuchen mit dem Aufgebote verfahren. Das Aufgebot ist nur 6 Wochen nach

---

3a) Diese bestimmt sich nach der Braut dahin, daß bei Katholiken der Bischof, bei Evangelischen das Konsistorium, bei bloß geduldeten Religionsgenossen die Provinzial-Regierung, dispensiren. Für Militairpersonen kann unter Umständen der Befehlshaber dispensiren. Mil.-Kirchenordn. v. 12. Febr. 1832. §. 65.

4) II, 1, §§. 138—142, 150—153. V. v. 16. März 1818 (G. S. S. 20).

5) §. 140 a. a. O.

6) V. v. 28. April 1841 (G. S. S. 121).

7) II, 1, §§. 143—145. — Anh. §§. 68, 69. Vor Abschaffung der außergerichtlichen Eide pflegten die Pfarrer diesen Eid abzunehmen.

7a) V. v. 30. März 1847, §. 5 (G. S. S. 126). Ministerial-Instruktion v. 10. Mai 1847 (J. M. Bl. S. 135). Formularbuch 4. Aufl. S. 182.

7b) G. v. 23. Juli 1847, §. 12 (G. S. S. 265). J. M. Bl. S. 233.

der Vollendung wirksam, erfolgt die Trauung nicht in dieser Zeit, so muß dasselbe vollständig wiederholt werden[8]). Das unterbliebene Aufgebot macht die Ehe nicht ungültig, zieht aber den Parteien und der Person, welche getraut hat, eine öffentliche Strafe zu, die jedoch wegfällt, wenn wegen plötzlicher Todesgefahr keine Zeit zu verlieren war und keine bedenkliche Umstände sich ergaben, oder wenn der Bräutigam in Angelegenheiten des Staats eine langwierige und gefährliche Reise so schnell antreten mußte, daß weder zum Aufgebote noch zur Einholung der Dispensation Zeit war[9]). Geschieht gegründeter Einspruch, so muß mit dem ferneren Aufgebote und beziehlich mit der Trauung inne gehalten werden. Nur ein älteres gültiges Verlöbniß mit der einsprechenden Person ist ein gültiger Grund zum Einspruch einer Privatperson, mag dasselbe ein förmliches oder ein unförmliches sein[10]). Ist aber das unförmliche nicht durch Aufgebot sondern durch Schwängerung vollzogen, so darf der Trauungsbeamte nur auf die Untersagung des Gerichts, an welches der Einsprechende sich mit seiner Klage zu wenden hat, Rücksicht nehmen; ist ein formelles Verlöbniß oder ein durch Aufgebot vollzogenes vorhanden: so genügt dem Trauungsbeamten die Bescheinigung; ob der Einspruch wirklich begründet sei, ist vom Richter zu befinden, und das ausgesetzte Aufgebot und die Trauung darf eher nicht Fortgang haben, als bis der Richter dazu Erlaubniß giebt. Diese muß aber erfolgen, sobald der Angesprochene die einsprechende Person nicht heirathen zu wollen erklärt und für die ihr etwa zukommende Abfindung Sicherheit bestellt. Außer diesem Falle, wo ein Privateinspruch stattfinden kann, muß der Richter Aufgebot und Trauung untersagen, wenn ihm ein Ehehinderniß angezeigt und bescheinigt wird[11]). II. Die Trauung erfordert persönliche Gegenwart[12]).

---

8) V. v. 22. Febr. 1804 (N. C. C. Tom. XI, Nr. 3 de 1804; Mathis I, S. 1; Neues Arch. Bd. III, S. 292; Rabe, VIII, 13).

9) §§. 154—157 d. Tit.

10) §§. 92, 158, 159 d. T. und Anh. §. 92. Man ist darüber verschiedener Meinung: ob, wenn die Aufgebotenen sich formell verlobt haben und später der Mann eine Frauensperson unter dem Versprechen der Ehe schwängert, dieses unförmliche Verlöbniß den Vorzug habe. Suarez soll der letztern Meinung gewesen sein. Das würde an dem geltenden Rechtssatze nichts ändern, und dieser ist, daß das spätere Verlöbniß, wenn es dem Andern bekannt gewesen, nicht gilt; sondern es muß Dieser abgefunden werden. §§. 80, 132—134.

11) §§. 160—166 a. a. O. Anh. §. 73. — R. vom 30. Oktober 1817 (Jahrb. Bd. X, S. 223).

12) §. 167 a. a. O. Vergl. o. §. 571 Note 1.

1. Bei den katholischen und evangelischen Christen geschieht sie in der Regel durch den Geistlichen, zu dessen Amtssprengel die Braut gehört, der jedoch die Trauung jedem andern Amtsgenossen erlauben kann[13]). Versagt ein katholischer Pfarrer aus kirchlichen Gründen dieselbe[14]), so kann, ohne Unterschied, ob nur Einer oder ob beide Theile katholisch sind, ein anderer Pfarrer, selbst von einer andern Konfession, damit beauftragt werden[15]). In keinem Falle hindert die Inkompetenz des Geistlichen die Gültigkeit der Ehe; wer sich aber außerhalb Landes trauen läßt, um den hiesigen Landesgesetzen auszuweichen, wird mit 10 bis 300 Thalern bestraft[16]). 2. Bei neu gebildeten Religionsgesellschaften, deren Religionsbeamten nicht die Befugniß haben, Amtshandlungen mit civilrechtlicher Wirkung zu vollziehen, wird zwar die Ehe nach dem Gebrauche der Religionsgesellschaft vollzogen; bürgerliche Gültigkeit aber erhält die Ehe erst durch die Eintragung in das gerichtlich geführte Register, zu welcher die in Gegenwart zweier Zeugen von derselben Religionsgesellschaft abgegebene, von denselben bestätigte Erklärung der Brautleute, daß und wann sie nach dem Gebrauche ihrer Religionsgesellschaft getraut worden, und der Nachweis des Aufgebots erforderlich ist[17]). 3. Bei den Juden besteht die ehevollziehende Handlung in der persönlichen Erklärung der Brautleute vor dem Richter, daß sie fortan als ehelich mit einander verbunden sich betrachten wollen; die bürgerliche Gültigkeit der Ehe beginnt mit dem Augenblicke der gesche-

---

13) II, 11, §§. 435—441. Eine Ausnahme gilt für Eximirte. §§. 288 bis 292 das. u. Anh. §. 128.

14) Bezüglich auf diesen in neuester Zeit mit neuer Heftigkeit geführten Streit s. den Aufsatz von Elvers, Zur Erörterung der Streitfrage: ob der katholische Pfarrer wegen nicht erfolgenden Versprechens der katholischen Erziehung aller Kinder die Einsegnung einer gemischten Ehe verweigern könne; in Elvers Themis, Bd. I, H. 1, Nr. 2.

15) II, 11, §§. 442, 443. Anh. §. 130. — R. vom 5. Oktober 1811 und vom 27. Nov. 1813 (Jahrb. Bd. II, S. 17), wodurch diese Angelegenheit von dem, im §. 443 benannten, Landes-Justizkollegium an die Regierung übertragen ist. Dieses ist eine Art von Vermittelung einer bürgerlichen Ehevollziehung. Wenn aber der beauftragte Geistliche den Auftrag nicht ausrichten will, so hört die Handhabung des Rechts auf. Ein Beispiel dieser Art hat die neuere Zeit (1845) in Berlin geliefert, wo nach den Zeitungsberichten ein dortiger evangelischer Pastor die Trauung eines geschiedenen Mannes beharrlich verweigert hat, ohne daß dieser hat zu dem Genusse seiner bürgerlichen Rechte gelangen können.

16) II, 1, §§. 169, 171.

17) V. v. 30. März 1847, §§. 6—8.

henen Eintragung in das Register[18]. 4. Zwischen Personen von einer noch andern Religion wird die Ehe nach ihren Religionsgebräuchen ohne richterliche Mitwirkung gültig vollzogen[19]. Die Trauungsfeierlichkeit ist im bürgerlichen Rechte gar nicht vorgeschrieben. 5. Die Kosten werden, wenn darüber nichts verabredet ist, nach der Gewohnheit des Wohnorts der Braut getragen; fehlt es daran, so tragen beide Eheleute die sämmtlichen Kosten gemeinschaftlich. Ebenso erwerben sie zusammen das Eigenthum der Brautgeschenke, wenn nicht die Beschaffenheit des Geschenks oder die bei der Schenkung selbst geschehene Erklärung des Geschenkgebers eine andere Bestimmung ergeben[20]. — Dieser Theil des Eherechts (über die Vollziehung der Ehe) gilt auch in der Rheinprovinz, selbst mit rückwirkender Kraft, so daß die Ehen, welche hiernach, mit Vernachlässigung der französischen Civilform, geschlossen sind, bürgerlich gelten[21].

II. Rechtsverhältnisse unter den Eheleuten.

§. 749.

A. Persönliche.

A. L. R. II, 1, §§. 173—204.

Mit der vollzogenen Trauung*) und beziehungsweise Eintragung der Ehe in das gerichtliche Register (§. 748, II) ist auch die Ehe vollzogen. Die nächste Wirkung ist die Gründung einer Familie, deren Haupt der Mann ist[1]. Das Verhältniß zwischen den Ehegatten ist nicht näher bestimmt; es liegen aber die alt-

18) Ges. v. 23. Juli 1847, §§. 13—15. (J. M. Bl. 1847 S. 233.)

19) §. 137 a. a. O. Man behauptet auf Grund dieser Bestimmung, daß die Prediger der freien Gemeinden bürgerlich gültig trauen könnten. Die V. v. 30. März 1847 ist entgegen.

20) §§. 171, 172 a. a. O. Eine spätere Erklärung ist ohne Wirkung.

21) Edikt v. 27. Februar 1816 (G. S. S. 122).

*) Daß die Trauung (Einsegnung durch den Geistlichen) nothwendige Form zur Ehevollziehung sei, ist ein nur den Protestanten eigener Grundsatz, daher derselbe für andere Religionsgenossen nicht paßt. Das can. R. erklärt den bloßen Konsens, in Gegenwart des Parochus und zweier Zeugen ausgesprochen, für die wesentliche Form; von Trauung weiß es nichts. Concil. Trident. Sess. 24, c. 1. Ueber die durch das can. R. verdrängte Form des deutschen R.: Sachs. Sp. I, Art. 45.

1) §§. 184, 679 a. a. O.

deutschen durch das R. R. modifizirten Rechtsansichten zu Grunde. I. Die neuere Röm. Rechtsansicht ist, daß beide Eheleute juristisch gleichbedeutend nebeneinanderstehen und kein Theil dem Andern Unterwürfigkeit schuldig ist; nur von einer Ehrerbietung gegen den Mann und von der Würde der Ehe ist Rede, vermöge welcher eine entehrende oder die Persönlichkeit bedrohende Klage des einen Ehegatten gegen den Andern wider die guten Sitten und darum unstatthaft ist[2]); und außerdem findet sich ausgesprochen, daß die Frau an dem Range und Stande des Mannes Theil nimmt und solchen auch nach dessen Tode bis zur fernern Ehe behält; auch daß sie eben so sein Forum und sein Domizil hat[3]). Diese untergeordneten Verhältnisse bestimmen jedoch das eheliche Verhältniß selbst nicht, gleichwohl ist darüber Stillschweigen. Der Grund davon ist die in der Sache selbst liegende Schwierigkeit der Bestimmung, indem das Wesen dieses, wesentlich innerlichen, Verhältnisses sich der richterlichen Beurtheilung und Einwirkung entzieht. Diesem Mangel wurde in alter Zeit dadurch abgeholfen, daß man bei der in manum conventio alles Recht in die Hand des Mannes legte, womit jeder Rechtsstreit wegfiel; wogegen in der spätern Zeit bei der freien Ehe Jedem ein gleiches Richteramt gegeben ward, wodurch wieder das Richteramt eines Dritten ausgeschlossen wurde. Dieses Prinzip führte bei der Ausartung der Römer zum Untergange der häuslichen Ordnung und wurde in Folge dessen durch die christlichen Kaiser sehr beschränkt. Man setzte aber mit den Einschränkungen nicht zugleich das nun nothwendig gewordene fremde Richteramt ein und machte so das Röm. Eherecht inkonsequent. In diesem Zustande ist dasselbe nach Deutschland gekommen. II. Nach dem Rechtsbegriffe des deutschen Alterthums bestimmte sich das eheliche Verhältniß durch die beiden Grundsätze: 1. die Frau ist in der rechtlichen Gewalt (mundium, potestas) des Mannes, ganz ähnlich wie bei der altrömischen conventio in manum; 2. sie ist seine ihm ganz gleiche Lebensgenossin[4]). Daraus ergeben sich alle den Ehegatten gegen einander

---

2) L. 14, §. 1 D. soluto matrim. (XXIV, 3); L. 2 D. de rer. amotar. (XXV, 2); L. 2 C. eod. (V, 21).

3) L. 22, §. 1 D. ad municipal. (L. 1); L. 9 C. de incolis (X, 39).

4) Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 447—449. — Sachs. Sp. B. III, A. 45, u. B. I, A. 45.

und gegen Dritte, bezüglich auf Person und Vermögen, zustehenden Rechte und Befugnisse als Folgen. III. Das A. L. R. drückt keinen das Verhältniß bestimmenden Grundsatz aus, sondern beschränkt sich auf Folgesätze. Diese sind: 1. Beide Ehegatten müssen ein gemeinschaftliches Leben führen und sind einander zur Treue und zum Beischlafe verpflichtet [5]). 2. Der Mann ist das Haupt der Familie, muß der Frau Schutz und Unterhalt gewähren, sie in der Regel vor Gericht vertreten und zu ihren Rechtsgeschäften seine Einwilligung geben [6]). 3. Bei Rechtsgeschäften zwischen den Eheleuten selbst und überall, wo die Rechte der Frau mit den Rechten des Mannes in Kollision kommen, muß die Frau einen besondern Beistand haben, sonst sind die Verträge zwischen ihnen selbst auf der Seite der Frau unverbindlich (pacta claudicantia) und die den Vortheil des Mannes bezweckenden Rechtsgeschäfte mit Dritten ungültig [7]). 4. Die Frau erhält die bürgerlichen Rechte (das Forum), den Namen und Stand des Mannes und ist befugt, den abwesenden oder kranken Ehemann in dringenden Fällen bei Rechtsgeschäften zu vertreten [8]). 5. Sie ist schuldig, den Anordnungen des Mannes in Haushaltungs-Angelegenheiten nachzukommen, dem Haushaltungswesen vorzustehen [9]) und dem Manne in den von ihm gewählten neuen Wohnort zu folgen [10]). 6) Der Mann hat die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten (ususfructus maritalis), und erwirbt durch die Frau während der Ehe [11]). Von diesen Rechten und beziehlich Pflichten sind Folgen und Rest a) des ehemännlichen

---

5) II, 1, §§. 174—183. Aehnlich das österr. Gesetzbuch §. 90.

6) §§. 184—191, 195, 196, 318—342 a. a. O. — A. G. O. I, 1, §§. 16, 17, 19. Ebenso, nur ohne das Erforderniß der Einwilligung, österr. Gesetzbuch §. 91.

7) A. L. R. §§. 197—201, 343, 344 a. a. O. — Anh. §. 75. Prozesse kann sie allein gegen ihn führen. A. G. O. I, 1, §. 18 und Anh. §. 3.

8) §§. 192, 193, 202—204, 326, 328 das. — S. o. §. 572, II, 2.

9) Nach altem Rechte war dies eine Berechtigung, nicht bloß, wie hier, eine Verbindlichkeit. Grimm a. a. O. S. 447. — Berk, Brem. Güterrecht, S. 43, 192. In dieser Schlüsselgewalt war die Frau nur durch die im Hause lebende Schwiegermutter beschränkt.

10) §§. 184, 194, 679 a. a. O. Dies ist nichts anderes als der Gehorsam, welchen die Frau dem Manne, nach deutscher Rechtsansicht, kraft des Mundiums schuldig ist. Andere Eherechte bedienen sich kurzweg des Ausdrucks „Gehorsam", woraus das Uebrige von selbst folgt. Altenburg'sche Eheordn. §. 145; Code civil Art. 213. Vergl. österreich. Ges. B. §. 92.

11) §§. 205, 210, 211, 231—250 a. a. O. — S. u. §. 752, II.

Mundiums über die Frau: die Verbindlichkeit des Mannes zum Schutze und zum Unterhalte derselben; das Vollwort bei den Rechtsgeschäften der Frau; die Nothwendigkeit eines Beistandes der Frau bei Rechtsgeschäften mit dem Manne und zum Vortheile des Mannes; der Gehorsam der Frau gegen den Mann und die Pflicht derselben zur Haushaltsverwaltung; die Erwerbungen der Frau für den Mann; das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Mannes über das Eingebrachte der Frau in Verbindung mit der Entziehung des Veräußerungsrechts der Frau, selbst salvo usufructu; und b) der vollkommenen Lebensgenossenschaft: die Pflicht zum Beisammenwohnen, zur ehelichen Treue und Pflicht; die Theilnahme der Frau an den bürgerlichen Rechten, an dem Namen und dem Stande des Mannes; die Befugniß zur Vertretung des Mannes in dringenden Fällen. Es erhellet sonach, daß das heutige eheliche Verhältniß, nach Preuß. Rechtsbegriffen, wesentlich durch die beiden deutschrechtlichen Prinzipien bestimmt wird, daß also die Ehefrau unter der ehelichen Vogtschaft des Mannes steht, und daß sie in jeder Beziehung seine ihm sonst ganz gleiche, innig vertraute, einige und ausschließliche Lebensgenossin ist. Hiernach sind alle nicht positiv ausgemachte Fragen, bezüglich auf das Eheverhältniß, zu entscheiden. Steht der Mann selbst unter Vormundschaft, so ist die Frau persönlich selbstständig, ohne daß die aus der Vogtschaft entspringenden Vermögensrechte wegfallen, d. h. der Vormund des Mannes hat nicht die Vogtschaft des Mannes auszuüben, sondern nur insofern mitzuwirken, als der Mann ein Interesse bezüglich auf seine eigenen Rechte in Ansehung der Person oder des Vermögens der Frau hat[12]). Folgerecht sollte die Altersvormundschaft einer Frauensperson mit ihrer Verheirathung an einen selbstständigen Mann ein Ende nehmen[13]), dies ist jedoch positiv versagt[14]), wie denn auch in manchen andern Einzelheiten die Konsequenz mangelt, und die Gesetzgebung darin lückenhaft ist, daß kein Auskunftsmittel für

---

12) A. G. O. I, 1, §. 17. — Vergl. Code civil Art. 221—224. — **Sickel** de condit. juris, uxoris, cujus maritus curae status subest. Lips 1825.

13) Das wird auch von Neuern wirklich angenommen. **Balthasar**, tit. 5, res. 3, n. 25; **Brandmüller** ad institut. de tut. p. 508; **Leuven** c. 9, n. 13 u. A.

14) II, 18, §§. 736 flg. S. u. §. 802, II.

die von dem Manne aus Eigensinn oder sonst ohne gültigen Grund zum Nachtheile der Frau versagte Mitwirkung oder Einwilligung bei Rechtsgeschäften veranstaltet ist[15]).

B. Rechte bezüglich auf das Vermögen.

§. 750.

Allgemeine Uebersicht.

I. Die Vermögensverhältnisse der Eheleute sind in dem A. L. R. neu geregelt. Das Römische eheliche Güterrecht[1]) hat vollständig und unverändert nirgend in den Preuß. Landen gegolten, aber doch die einheimischen Gewohnheiten[2]) theils umgestaltet, theils unsicher und schwankend gemacht, so daß ein in vielen Sätzen streitiges Gemisch aus beiden Rechten in den Gerichtshöfen für praktisch gültiges Recht ausgegeben wurde[3]). Auf dieser Grundlage beruhet das A. L. R. Die Verfasser hielten sich an diese vorgebliche Gewohnheit, und dadurch ist der Grundzug des deutschen Rechts in das Pr. R. gekommen, daß dem Manne vermöge seiner rechtlichen Gewalt über die Person der Frau die Verwaltung und der Genuß ihres Vermögens gebührt, und daß, im geraden Gegensatze zu dem R. R., die Ehefrau nur durch besondern Vorbehalt das Recht des Mannes ausschließen kann. Das Prinzip ist jedoch in der Anwendung bedeutend modifizirt. Wie darnach das Verhältniß unter dem Einflusse der römischrechtlichen Schriftsteller in dem A. L. R. geordnet worden ist, ist es nur zum Theil in der Mark Brandenburg und in einem Theile von Schlesien geschichtlich vorgekommen; die übrigen Landestheile hatten besondere Statuten, wonach Gütergemeinschaft galt. Diese wurden, schon nach dem Charakter des A. L. R. als eines bloß subsidiarischen Rechts-

---

15) Der Richter soll den Mann zur Beobachtung seiner Schuldigkeit anhalten. A. G. O. I, 1, §. 21. Wie und womit und mit welchem Ausgange? ist nicht bestimmt.

1) Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Rechte. Berlin, 1824. — v. Tigerström, das Röm. Dotalrecht, 2 Bde. Berlin, 1831, 1832.

2) Hasse, Skizze des deutschen Güterrechts der Ehegatten, in v. Savigny's Zeitschrift, Bd. IV, S. 60 flg.

3) Leyser, Med. ad Pand, sp. 302. Gutachten des Obertribunals, in Stengel, Bd. II, S. 61, und Bericht des Kammergerichts, in Stengel, Bd. VI, S. 99. — S. auch die Anmerkungen im Entwurf des A. G. B., Th. I, S. 59, 165.

buchs, aufrecht erhalten, doch wurde zweckdienlich befunden, auch eine allgemeine Theorie der Gütergemeinschaft einzuführen[4]), nicht allein um darauf für den Fall der Unvollständigkeit der Statuten zurückzugehen[5]), sondern auch um für die gestattete vertragsmäßige Gütergemeinschaft bestimmte allgemein geltende Normen zu haben. Das Prinzip, worauf die landrechtliche Gütergemeinschaft beruhet, ist nicht ausgesprochen und wol auch nicht klar gedacht; die einzelnen Bestimmungen sind weder nach dem Prinzipe der juristischen Persönlichkeit, noch nach dem des deutschen Gesammteigenthums, noch nach dem des Röm. Miteigenthums konsequent. Das am meisten passende ist das der ehemännlichen Vogtschaft[6]).
II. Die ehelichen Güterverhältnisse lassen sich nach der landrechtlichen Gesetzgebung auf drei Klassen zurückführen. Entweder leben die Eheleute in Gemeinschaft der Güter, sei es in provinzialrechtlicher, statutarischer oder vertragsmäßiger; oder nicht. In dem letztern Falle ist das Vermögen der Frau entweder vorbehalten, oder nicht. Der Vorbehalt ist ein den Röm. Paraphernal-Gütern ähnliches Institut. Insofern das Vermögen nicht vorbehaltenes ist, hat es die Natur des Eingebrachten (der Illaten), ein Verhältniß, welches sich dem altdeutschen Güterrechte der Eheleute nähert. Daneben kann Etwas vorkommen, was an die von einem Fremden gegebene Dos des R. R. erinnert und Erbschatz genannt wird. Vorbehaltenes Vermögen kommt alle Mal zugleich neben dem Eingebrachten vor, nicht aber ist es umgekehrt, denn das ganze Vermögen einer Frau kann vorbehalten sein. Bei diesen drei verschiedenen Verhältnissen gilt der deutschrechtliche Grundsatz, daß das Verhältniß des Eingebrachten von Rechts wegen unter den Eheleuten, mit der Vollziehung der Ehe, eintritt, wenn und

4) Man hat dabei das Lübische Recht zum Muster gehabt. Anm. zum Entwurf des A. G. B. Th. I, Abth. 1, §. 237, S. 72.

5) II, 1, §§. 500, 538. Dabei kam freilich gar nicht in Betracht, daß dieselbe Frage je nach dem Sinne und der Bedeutung der Gütergemeinschaft, und den allgemeinen Grundsätzen, von welchen die einzelnen Statuten ausgehen, nach den verschiedenen Partikularrechten verschieden beantwortet werden muß. Es ist überhaupt das Prinzip angenommen, daß die Partikularrechte nicht aus sich selbst weiter entwickelt, sondern nach den oft ganz und gar verschiedenen allgemeinen Grundsätzen und Voraussetzungen des A. L. R. erklärt werden sollen. S. o. §. 3. Wohin das führt, sehe man an dem Beispiel in Ulrich's Archiv, Bd. I, S. 530 flg. Die Praxis ist auch dagegen.

6) Witte, das Pr. Intestaterbrecht, S. 81.

insofern nicht durch Eheverträge oder durch Provinzialgesetze und Statuten [7]) ein Anderes begründet wird.

A. Eingebrachtes Vermögen.

A. L. R. II, 1, §§. 205—344, 548—617, 751 flg.

§. 751.

1. Entstehung.

Das Verhältniß des eingebrachten Vermögens entsteht von selbst, mit der Ehe und durch dieselbe, am ganzen Vermögen der Ehefrau [1]), soweit nicht die besondern Ausnahmen gehen. Das ausgenommene Vermögen heißt vorbehaltenes und kann durch Gesetz und durch Vertrag entstehen [2]). Vorausgesetzt ist bei diesem Verhältnisse, daß die Frau selbst das Vermögen als das Ihrige in die Ehe bringe. Zwar kann auch ein Dritter zum Zweck der künftigen Ehe Etwas geben oder versprechen; dieses ist aber das besondere Eigenthum Dessen, dem es gegeben oder versprochen worden ist [3]), und gehört, wenn die Frau die Begünstigte ist, zum Eingebrachten. In diesem Falle und wenn der Geber keine Bedingungen und Beschränkungen beifügt, ist eine Schenkung vorhanden; gleichwohl soll das Rechtsgeschäft doch nicht als Schenkung angesehen werden [4]), was jedoch nur so viel heißt, daß nicht die Form derselben erforderlich ist und nicht der Widerruf des Gebers stattfindet [5]). Die Dos eines Dritten in der Röm. Bedeutung kann bei der ganz verschiedenen Rechtsansicht, auf welcher

---

7) Die Tendenz der heutigen Gesetzgebung, dieselben möglichst zu unterdrücken (s. o. §§. 3 und 14), hat sich in der allerneuesten Zeit durch das Gesetz wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge, v. 11. Juli 1845 (G. S. S. 471), wieder bethätigt.

1) Von einem eingebrachten Vermögen des Mannes kann bei diesem Verhältnisse natürlich nicht Rede sein.

2) A. L. R. II, 1, §§. 205, 210. S. u. §. 755.

3) §. 276 a. a. O. Ist nicht der Eine ausdrücklich oder durch die Beschaffenheit des Gegenstandes als Beschenkter bezeichnet, so ist die Sache gemeinschaftlich. §. 776 d. T.

4) I, 11, §§. 1047, 1048. S. o. §. 607, I, 1.

5) Die Gläubiger können allerdings widerrufen. II, 1, §. 295.

das Verhältniß des Eingebrachten beruhet, nicht vorkommen. An deren Stelle ist das neuerfundene Institut des Erbschatzes getreten[6]). Die Eltern sind zur Bestellung einer solchen Art von Dos nicht verpflichtet, nur eine Ausstattung müssen sie geben; bestellen sie gleichwohl eine solche Dos, so wird vermuthet, daß sie aus dem Vermögen der Kinder genommen sei[7]).

§. 752.

2. Rechte an dem Eingebrachten.

Der Mann hat Nießbrauch und Verwaltung des ganzen eingebrachten Vermögens[1]) in derselben Bedeutung und in einem ähnlichen Umfange so wie aus demselben Rechtsgrunde, wie der Vater an dem Pekulium der seiner Gewalt unterworfenen Kinder; und der Frau steht ohne Bewilligung des Mannes keine Veräußerungsbefugniß zu, selbst wenn die Veräußerung unbeschadet des Nießbrauchs geschehen soll[2]). Doch ist dabei ein Unterschied zwischen der ursprünglichen Substanz und den Accessionen. I. In Ansehung der ursprünglichen Substanz werden Grundstücke und Gerechtigkeiten, Kapitalien, welche auf den Namen der Frau, oder ihrer Erblasser, oder Geschenkgeber geschrieben sind, und Mobilien unterschieden. 1. Ueber Mobilien hat der Mann (nicht auch dessen Gläubiger) ganz freie Verfügung[3]); will er Grundstücke und Gerechtigkeiten veräußern, verpfänden oder sonst bleibend belasten, oder über Kapitalien irgendwie verfügen, so ist dazu die Einwilligung der Frau in eben derselben Form[4]), welche für das

---

6) Anm. zum Th. I, Abth. 1 S. 65 des Entwurfs d. A. G. B. — S. u. §. 756.

7) II, 2, §§. 243, 245—248, 292, 293. S. o. §. 600.

1) II, 1, §§. 205, 231.

2) §§. 221—223 a. a. O. Vergl. unten die Note 13.

3) §. 247 a. a. O. Vergl. o. §. 326, Note 11. V. v. 7. April 1838 (G. S. S. 255).

4) Hier deshalb, weil die Frau einwilligen, d. h. dem Veräußerungsvertrage beitreten muß; außerdem würde, wenn sie bloß zu bewilligen hätte, nach dem, unten Note 13 ausgesprochenen Grundsatze die mündliche Zustimmung genügen. Die Bewilligung der Frau zur Kündigung eines Kapitals daher ist an keine Form gebunden. Pr. 1095, v. 22. Januar 1842. Denn die Aufkündigung ist noch kein Rechtsgeschäft.

Geschäft selbst vorgeschrieben ist, erforderlich [5]). Die verweigerte Einwilligung kann von dem Vormundschaftsgerichte ergänzt werden und zwar zur Veräußerung, Verpfändung und beziehlich Einziehung, wenn nothwendige, die Substanz betreffende Ausgaben, welche dem Nießbraucher nicht zur Last fallen, eintreten, oder wenn das Kapital unsicher wird, oder wenn der Schuldner kündigt, oder wenn der Mann das Kapital auf eine andere Art nutzen kann; doch muß in den letzten drei Fällen das Kapital wieder auf den Namen der Frau sicher angelegt werden [6]). Zahlt der Schuldner ohne die Einwilligung der Frau oder ohne richterliche Ergänzung, so bleibt er der Frau subsidiarisch verhaftet [7]); die nicht genehmigten Veräußerungen von Grundstücken und Gerechtigkeiten hingegen sind unbedingt ungültig [8]). Uebrigens kann die Frau dem Manne in der Verwaltung nichts vorschreiben, namentlich ihn nicht zu Veräußerungen, Kapitalseinziehungen und ähnlichen Verfügungen nöthigen. Die während der Ehe aus der Substanz angeschafften Grundstücke und Gerechtigkeiten und die angelegten Kapitalien treten nur dadurch, daß dieselben auf den Namen der Frau geschrieben werden, in die Kategorie der ursprünglichen Substanz, außerdem wird der Mann Eigenthümer der Gegenstände und Schuldner der Frau wegen der für die Erwerbung verwendeten Summen [9]). 2. Die Eintheilung des Eingebrachten in Grundstücke, Gerechtigkeiten, Kapitalien und Mobilien ist nicht erschöpfend, indem gewisse Vermögensgegenstände in mancher Hinsicht wie Grundstücke behandelt werden, obgleich sie von Natur beweglich sind, wie z. B. Seeschiffe. Nach der Absicht, daß das Eingebrachte in den ursprünglichen Fonds möglichst solle

---

5) II, 1, §§. 232, 233, 245. R. v. 22. August 1840 (J. M. Bl. S. 285).

6) §§. 234—239 a. a. O. Dafür muß das Vormundschaftsgericht, welches hier die Frau vertritt, sorgen.

7) §§. 243, 244 das.

8) §. 597 a. a. O. Die Vindikation ist jedoch erst nach Auflösung der Ehe zulässig, weil er über das Nutzungsrecht frei verfügen kann. Deshalb bedarf der Mann auch zu Verpachtungen inferirter Grundstücke der Zustimmung der Frau nicht. Pr. 1796, v. 1. Oktober 1846.

9) §§. 240—242 a. a. O. Die in diesen Bestimmungen enthaltenen Abweichungen von dem R. R. sind erheblich; denn nach R. R. hat der Mann das Eigenthum der Dos. Im praktischen Erfolge zeigt sich jedoch der Unterschied nur bei den Forderungen; denn bei den Grundstücken ist die Abweichung geringer als sie scheint, indem das R. R. die Veräußerung derselben ganz verbietet, während sie nach dem A. L. R. mit Einwilligung der Frau zulässig ist.

erhalten werden, ist anzunehmen, daß über derartige Gegenstände, namentlich über Seeschiffe, der Mann auch nur mit Einwilligung der Frau zu verfügen befugt ist. II. Hinsichts der Accessionen gilt der Grundsatz, daß alle Früchte dem Manne gehören, und daß die Frau dem Manne erwirbt, gleichwie das Kind in väterlicher Gewalt [10]). Dieser Grundsatz findet jedoch keine Anwendung a) auf dasjenige, was durch Erbfall, Schenkung oder Glücksfall oder was von der Frau mit ihrem Manne durch gemeinschaftlichen Kaufvertrag [10a]) erworben wird, b) auf Grundstücke oder Kapitalien, zu deren Anschaffung die Mittel durch ein besonderes Gewerbe der Frau erworben worden sind und welche zur Zeit der Auseinandersetzung auf den Namen der Frau geschrieben stehen: diese beiden Arten von Erwerbungen treten von selbst dem Eingebrachten hinzu [11]); c) auf Ersparnisse aus dem Vorbehalte, welche dieselbe Eigenschaft annehmen [12]). III. Die Frau kann einseitig, ohne Zustimmung [13]) des Mannes, die Berechtigungen des Mannes nicht beschränken, insbesondere das Eingebrachte zu dessen Nachtheile nicht verschulden, mit Ausnahme des Falles, wenn sie mit Wissen des Mannes und ohne dessen Widerspruch ein Gewerbe treibt und zu dessen Behuf Schulden macht [14]). Eine zweite Ausnahme sollen solche Schulden machen, welche sich auf eine unerlaubte Handlung gründen [15]); doch ist der

---

10) §. 211 a. a. O. Diesen Erwerb kennt das neuere R. R. nicht.

10a) Entsch. des Obertrib. Bd. XIII, S. 286.

11) §§. 212, 219, 220 a. a. O. Pr. des Obertrib. 1765, v. 7. Aug. 1846 (Entsch. XIII, 286).

12) §§. 217, 218 a. a. O.

13) Die Form der Zustimmung war streitig geworden. Nach allgemeinen Grundsätzen und nach den Wirkungen der exceptio doli kommt es auf eine besondere Form hier nicht an (s. o. §. 572, S. 12). Der vormalige dritte Senat des Obertrib. hatte jedoch am 22. Juni 1844 einen schriftlichen Konsens bei Gegenständen von mehr als 50 Thlr. für nothwendig erklärt nach I, 5, §. 133. Diese Meinung ist aber durch den Plenarbeschluß vom 1. März 1847 verworfen, weil bloße Konsense nicht unbedingt nach den Regeln von Verträgen zu beurtheilen seien, sondern in die Kategorie von Willenserklärungen überhaupt, Tit. 4 §§. 94, 95, gehörten, wonach da, wo für bloße Bewilligungen die Schriftlichkeit nicht ausdrücklich geboten, dieselbe nicht für unbedingt nothwendig zu erachten. Just. M. Bl. für 1847, S. 155 u. Entsch. Bd. XIV, 33.

14) §§. 320, 619 das. Aus andern, von dem Manne nicht genehmigten Darlehnen der Frau kann auch soluto matrimonio nicht geklagt werden; nur ex versione in rem ist die Klage zulässig. Pr. 67, v. 1834.

15) R. vom 25. Januar 1796 (Mathis, I, S. 300; Rabe, Bd. III, S. 250).

Satz folgerichtig aus gültigen Rechtsgründen nicht zu rechtfertigen[16]).

§. 753.

3. Beendigung der ehemännlichen Rechte.

Das Verwaltungsrecht und der Nießbrauch des Mannes endet: 1. mit dem Tode des einen Ehegatten[1]); 2. mit dem Tage, an welchem das rechtskräftig gewordene Scheidungsurtel erster Instanz dem Manne insinuirt worden ist[2]); 3. noch während der Ehe durch Zurückforderung des Eingebrachten, welche zulässig ist, wenn der Frau und ihren Kindern der standesmäßige Unterhalt weder von dem Manne noch von einem Andern (dem Gläubiger) gewährt wird[3]). Der formelle Konkurs ist nicht Bedingung[4]), auch ist die Zurückforderung von dem Betrage des Eingebrachten, oder dem sonstigen Vermögen der Frau und dessen Einkünften nicht abhängig[5]), aber die außer dem Falle desselben erfolgte Ausfolgung des Eingebrachten, von Seiten des Mannes an die Frau, ist den dabei nicht zugezogenen Gläubigern desselben nicht präjudizirlich, vielmehr muß die Frau, wenn Gläubiger die ihr überwiesenen Gegenstände zu ihrer Befriedigung verwenden wollen, die wirkliche Einbringung derselben beweisen, wozu die Quittung oder das Anerkenntniß des Mannes nicht ausreicht[6]), weil er

---

16) Die Analogie von Kindern in väterlicher Gewalt, bezüglich auf welche der sofortige Schadensersatz aus dem unfreien Vermögen angeordnet ist (II, 2, §. 203), ist unzulässig, weil diese Bestimmung, nach ihrer Entstehungsgeschichte, selbst eine Abweichung von der Rechtsregel aus Billigkeitsgründen, die theils nicht bei der Ehe zutreffen, theils von Billigkeitsgegengründen aufgewogen werden, ist.

1) §. 614 a. a. O.

2) §§. 769—771 das. — V. v. 5. Mai 1838 §. 1 (G. S. S. 273).

3) §§. 256—258 a. a. O. — Pr. 75 v. 9. Sept. 1834.

4) Wenn ein Gläubiger des Mannes zur Einklagung der ihm überwiesenen Zinsen eines Illaten-Kapitals schreitet, ist die Ehefrau seines Schuldners in demselben Verfahren zu interveniren und auszuführen befugt, daß ihr Ehemann ihr den standesmäßigen Unterhalt nicht mehr zu gewähren vermöge, und hierauf den Antrag zu gründen: daß der auf den Nießbrauch des Mannes eindringende Gläubiger den ihr zu ihrem standesmäßigen Unterhalt erforderlichen Theil der Zinsen ihr überlassen müsse und nur den Ueberrest zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen könne. Pr. 5 (ohne Datum).

5) Pr. des Obtr. 2089, v. 4. Jan. 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 293).

6) §§. 258—260 d. T. Das soll nicht gelten, wenn nicht die uxorialischen Vorrechte, sondern nur eine Darlehns- oder sonstige Forderung Seitens der

durch seine Erklärung seine Gläubiger nicht verpflichten kann. Gegenstand des Beweises ist die Thatsache der Ueberlieferung an den Ehemann oder doch der Einbringung in die eheliche Wohnung; der Beweis des Betrags des Vermögens der Frau zur Zeit der Vollziehung der Ehe ist unerheblich [7]), wenn er nicht als eine Anzeige für den Beweissatz: daß der Mann soviel in seine Verwaltung überkommen habe, dienen soll. Was die Frau von dem Ehemann zurückerhält, steht fortan unter ihrer Verwaltung, worin sie jedoch denselben Einschränkungen des Mannes unterworfen ist, welchen die Verwaltung des Mannes Seitens der Frau unterliegt (§. 752) [8]). Die Einkünfte müssen zur Erhaltung des Hausstandes, zum Unterhalte des Mannes und zur Verpflegung und Erziehung der von ihr gebornen Kinder verwendet werden, soweit sie dazu erforderlich und beziehlich hinreichend sind [9]). Hat der Mann ein künftiges, von dem Willen der Frau unabhängiges Erbrecht auf das Eingebrachte, so muß dasselbe sichergestellt werden [10]). Verbessern sich die Vermögensumstände des Mannes wieder soweit, daß er seine Familie standesmäßig erhalten kann, und war sein früherer Vermögensverfall nicht durch verschwenderische oder nachlässige Wirthschaft von ihm verursacht, so kann er die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten wiederfordern [11]).

§. 754.

4. Auseinandersetzung.

Nach Erlöschung des Verhältnisses muß der Ehemann oder

Frau geltend gemacht würden. Pr. 1145a, vom 21. Mai 1842 (Entsch. Bd. IX, S. 464). Dagegen m. Beurtheilung, S. 665 und Schles. Archiv Bd. VI, S. 512.

7) Die Verbesserung, welche der Revisor in diesem Sinne mit dem §. 260 vorschlägt, würde eine augenscheinliche Ungerechtigkeit einführen, da selbstredend ein Ehemann nicht Schuldner seiner Frau wegen dessen werden kann, was sie ihm bei Eingehung der Ehe z. B. an Gelde oder Geldpapieren verheimlicht oder doch thatsächlich vorenthalten hat.

8) §§. 261, 263 a. a. O.

9) §. 262 das. Der Unterhalt der von ihr mit in die Ehe gebrachten Kinder ruht gleichfalls darauf, wenn dieselben nicht von anderswoher die Mittel dazu haben.

10) §§. 266—268 a. a. O. — Auch die Gläubiger des Mannes sollten dieses Recht wider dessen Willen geltend machen können, dazu haben sie aber nach dem Pr. R. kein Rechtsmittel.

11) §§. 264, 265 das.

dessen Erben das Eingebrachte an die Frau oder deren Erben in dem Zustande, in welchem er es erhalten hat, zurückgeben. I. Baares Geld wird vom Ablaufe desjenigen Vierteljahres, in welchem das Verhältniß endet, an verzinset[1]). II. Hinsichtlich der eingebrachten Kapitalien sind bloß die Instrumente auszuliefern. Solche Kapitalien, welche der Mann aus dem Eingebrachten auf seinen Namen ausgeliehen hat, werden als baares Geld behandelt: er ist Gläubiger der Forderung und dagegen Schuldner der Frau wegen der Summe Geldes. Sind sie auf den Namen der Frau ausgethan, so hat die Frau die Wahl: ob sie solche annehmen oder sich an den Mann halten will[2]). Die Verschreibung auf den Namen des Einen oder des Andern oder Beider entscheidet zwischen den Eheleuten nichts, es kommt darauf an: wem das ausgeliehene Geld gehörte[2a]). III. In Ansehung der Grundstücke gilt Folgendes: 1. Wenn das Verhältniß durch den Tod der Frau aufgelöst wird, so hat der Mann die Wahl: ob er dieselben herausgeben oder den Erben den bei der Einbringung angenommenen Schätzungswerth zahlen will[3]). Ist das Grundstück bei der Einbringung nicht angeschlagen worden, so dürfen und müssen die Erben der Frau, insgesammt oder doch in der Mehrzahl, einen Werth setzen und dem Manne die Wahl lassen: ob er Es dafür annehmen, oder ihnen überlassen will. In dem zweiten Falle müssen die Erben selbst den gesetzten Preis zur Theilung bringen. Bestimmen die Erben nicht binnen 6 Monaten nach der gerichtlichen Aufforderung dazu den Preis, so wird eine gerichtliche Taxe, gegen welche keine Ausstellungen der Erben zugelassen werden, aufgenommen und dem Wittwer zur Wahl vorgelegt[4]). Will dafür das Grundstück weder der Mann noch ein Erbe annehmen, so muß es subhastirt werden. 2. Stirbt der Mann zuerst, und ist das Grundstück angeschlagen inferirt worden; so steht es bei der Frau: ob sie dasselbe zurücknehmen oder die Anschlagssumme fordern will; ist Es ohne Anschlag eingebracht worden, so muß die

---

1) §§. 548, 549, 751 und 766 a. a. O.

2) §§. 550—553, 556, 751 und 766 das. Wenn sie nämlich nicht beigestimmt hat.

2a) Pr. 2270, v. 22. Jan. 1851 (Entsch. XX, 250). Die §§. 557 u. 558 beziehen sich nicht auf den Fall, wo der eine allein das Geld hergab.

3) §§. 570. 571 a. a. O. Die Wahl macht ihn zum Eigenthümer.

4) §§. 572—580 a. a. O. Pr. des Otr. v. 29. Nov. 1850 (Entsch. XX, 261). Diese mit dem Eigenthumsrechte der Frau nicht stimmenden Grundsätze sind aus Billigkeitsgründen beliebt worden. Suarez Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 120 ff.

Frau solches zurücknehmen[5]). 3. Ist die Ehe durch Scheidung getrennt und keinem Theile ein Uebergewicht der Schuld zur Last gelegt, so fällt jede Wahl weg und die Frau nimmt die eingebrachten Stücke in Natur zurück[6]); ist der Eine für den schuldigen Theil erklärt, so steht die Wahl dem Unschuldigen zu, es tritt aber in dem Falle, wo das Grundstück ohne Anschlag eingebracht worden ist, an die Stelle des von den Erben der Frau zu setzenden Preises eine gerichtliche Taxe[7]). III. Die Mobilien, welche ohne Veranschlagung eines Werths eingebracht worden sind, werden in dem Zustande, in welchem und in so weit sie bei Trennung der Ehe noch vorhanden sind, zurückgegeben, doch versteht sich, daß, wenn an die Stelle ausgegangener Stücke Andere angeschafft worden sind, Diese, kraft der von Sachmehrheiten geltenden Grundsätze, verlangt werden können[8]). Sind die Mobilien bei der Einbringung dem Manne ausdrücklich verkauft worden, so ist er Schuldner des Kaufpreises; sind sie aber nur nach einem Anschlage eingebracht worden, so steht der Frau oder deren Erben die Wahl zwischen den angeschlagenen Stücken und deren Anschlagswerth zu. Wird der Letztere gewählt, so darf der Mann den Werth der von der Frau vorsätzlich oder aus grobem Versehen vernichteten oder abhanden gebrachten Stücke abziehen[9]). Im Falle der Scheidung gilt hier eben Dasselbe, was wegen der Grundstücke Rechtens ist (II, 3). IV. Die Haftung für Verschlechterungen ist nach den Gegenständen verschieden. In Ansehung der Grundstücke haftet der Mann für ein mäßiges Versehen[10]), in Ansehung der Mobilien nur für ein grobes[11]), und in Ansehung der Kapitalien für culpa levis in concreto[12]). V. Zur Sicherung der Forde-

---

5) §§. 581, 582 a. a. O. Der bei der Einbringung angenommene Anschlag ist übrigens nur für die Auseinandersetzung des Mannes mit der Frau maßgebend, nicht aber bei der Theilung der Erben der Frau unter sich. §§. 583, 584.

6) §§. 751, 752 a. a. O. Dazu gehören auch eingebrachte, während der Ehe eingezogene und wiederbelegte Kapitalien. Pr. 227, v. 28. März 1837.

7) §§. 766—768 das.

8) §§. 559—561 a. a. O. — S. o. §. 93 No. 2 (Bd. I, S. 217).

9) §§. 563—568 a. a. O.

10) §. 595 das. Das ist regelrecht.

11) §. 561 a. a. O. Eine rein zufällige Bestimmung.

12) §§. 554, 555 das. — Vergl. o. §. 142 und §. 469, Note 27. Diese Partie ist wie durch Würfelspiel zusammengesetzt; von einem leitenden Grundgedanken keine Spur.

rungsrechte wegen des Eingebrachten hat die Frau einen gesetzlichen Titel zum Pfandrechte, kraft dessen sie ihre Illaten, soweit sie nicht in Grundstücken, auf ihren Namen lautenden Kapitalien oder sonst in Gegenständen, die in ihrem Eigenthume bleiben, bestehen, auf die Grundstücke des Mannes zu jeder Zeit eintragen lassen kann; ist Das nicht geschehen, so hat die Frau wegen dieser Forderung, bei der Kollision mit andern Gläubigern des Mannes, das Vorrecht der Vierten (jetzt Dritten) Klasse[13]. VI. Hinsichtlich der Gegenforderungen des Mannes für Verwendungen gelten im Allgemeinen die Regeln vom Nießbrauche; er kann mithin die Verbesserungen, doch nur, wenn sie gerichtlich oder mit Zuziehung eines der nächsten Verwandten der Frau oder eines andern sachverständigen Beistandes auch nur schriftlich bewilligt sind, sowie die Verwendungen für Ablösung von Realschulden und Lasten, und die nicht den Nießbrauch treffenden Erhaltungskosten, nicht weniger die wegen der Substanz verwendeten nützlichen Prozeßkosten erstattet verlangen[14]; aber er kann selbst für die, wider den Willen der Frau, mit Bewilligung des Vormundschaftsgerichts unternommenen Verbesserungen Ersatz fordern[15]. Sind Grundstücke während der Ehe erworben und auf den Namen der Frau allein oder mit geschrieben, aber aus dem eigenen Vermögen des Mannes bezahlt worden; so kann der Mann die Kaufgelder für den Theil der Frau, wenn diese auf das Miteigenthum Anspruch macht, unbedingt erstattet verlangen[15a]. Behält der Mann das Grundstück gegen Zahlung des Anschlagswerths, so kommen die Verbesserungen nicht mit in Anschlag, oder sie müssen besonders vergütet werden; Zuwüchse aber werden als besondere eingebrachte Gegenstände betrachtet[16]; auf Verringerungen wird kein Abzug von dem angeschlagenen Werthe gestattet, ausgenommen wenn ein Bestandtheil des Grundstücks ohne grobes oder mäßiges Versehen des Mannes verloren gegangen[17]. VII. Wegen der Früchte des Jahres, in welchem der

---

13) §. 254 a. a. O. — S. o. §. 497.

14) §§. 586, 587, 589—594 a. a. O. — Schles. Arch. Bd. I, S. 366.

15) §. 588 a. a. O. Eine willkührliche Bestimmung.

15a) Vergl. Pr. des Obtr. v. 22. Jan. 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 250).

16) §§. 602, 607, 609, 610 das.

17) §. 608 das. Der Rechtsgrundsatz, welcher es mit sich bringt, daß Vermehrungen (Anwüchse) und Verminderungen der Substanz ungleich behandelt werden, ist unbekannt.

Nießbrauch aufhört, wird es ebenso gehalten wie bei dem gemeinen Nießbrauche; es sollen aber bei der Berechnung der zu theilenden Einkünfte eines Landguts auch die Zinsen von nicht eingetragenen gültigen Schulden der Frau, wenn solche aus den Einkünften des übrigen Eingebrachten nicht bezahlt werden können, in Ausgabe kommen; auch soll in dem vorhandenen Hause der überlebende Ehegatte noch bis zum Ablaufe des nächstfolgenden Vierteljahrs frei wohnen dürfen[18].

§. 755.

V. Vorbehalt.

Das Verhältniß des Vorbehalts[1]) besteht, insofern als gewisse Vermögensstücke von Rechtswegen für vorbehalten gelten, alle Mal neben dem Eingebrachten. I. Durch das Gesetz wird für vorbehalten erklärt: 1. Alles was nach seiner Beschaffenheit ausschließlich zum Gebrauche der Frau bestimmt ist[2]), mit der Ausnahme, daß Dasjenige, was die Frau an Kostbarkeiten zur Pracht von dem Manne erhalten hat, nur für geliehen gilt wenn nicht ausdrücklich das Eigenthum auf sie übertragen worden ist[3]); 2. die der Frau bei Schließung der Ehe von dem Manne versprochene Morgengabe[4]). II. Was sonst vorbehalten sein soll, muß dazu durch Vertrag bestimmt werden, was beliebig vor oder nach Vollziehung der Ehe geschehen kann und so wenig beschränkt ist, daß selbst das ganze Vermögen vorbehalten werden darf. Vor der Ehe genügt dazu die Form der Eheverlöbnisse (§. 747), während der Ehe kann der Vertrag gültig nur gerichtlich, mit Zuziehung eines Beistandes für die Frau geschlossen

---

18) §§. 614—617 a. a. O.

1) Ueber die Frage: inwiefern das Institut neu sei, s. Klein, Annalen Bd. XXV, S. 172, welcher dasselbe für neu erfunden hält; dagegen erklärt ein R. v. 5. März 1798 diese auch von dem Kammergericht geäußerte Meinung für irrig (Stengel, Bd. VI, S. 89 und Rabe, Bd. V, S. 62). Das Wahre ist, daß die zur Bekleidung und auch wol zum Putz der Frau gewidmeten Sachen thatsächlich nicht unter der Verfügung des Mannes gewesen und bei der Sichtung gewöhnlich vorweg ausgenommen worden sind.

2) II, 1, §§. 206, 314, 315.

3) §. 316 a. a. O. Mündliche Uebertragung des Eigenthums genügt.

4) §. 207 das.

werden[5]). III. Ueber die zum Vorbehalte gehörigen Gegenstände hat die Frau in der Regel freie Verfügung; sie gilt in so weit für selbstständig und kann diesen Theil ihres Vermögens, ohne Einwilligung des Mannes, mit Schulden belasten, die jedoch nur so weit gültig sind als die Hypothek oder das Pfand reicht: persönlich ist die Frau nicht verbindlich geworden[6]). Ausnahmen von der freien Selbstständigkeit der Frau gelten: a) bei Kostbarkeiten und andern bloß zur Pracht bestimmten Sachen, zu deren Veräußerung oder Verpfändung die Einwilligung des Mannes erforderlich ist, die jedoch auch stillschweigend gegeben werden kann, wenn er von dem beabsichtigten Geschäfte Vorbewußtsein hat[7]); b) bei entstehendem Verdachte eines unwirthschaftlichen Betragens, in Ansehung des gesetzlich vorbehaltenen Vermögens: hier kann der Mann ihm geeignet scheinende Maßregeln treffen[8]). In Ansehung des vertragsmäßigen Vorbehalts kann nur in Folge richterlicher Verschwendungserklärung die Frau eingeschränkt werden[9]). IV. Ueberträgt die Frau dem Manne die Verwaltung des Vorbehalts, so entsteht unter ihnen dasselbe Verhältniß wie in Ansehung des Eingebrachten; in Beziehung auf Dritte aber, namentlich bei der Konkurrenz mit andern Gläubigern des Mannes, hat die Frau wegen dieser Forderungen nur das Vorrecht der vierten (früher fünften) Klasse[10]); mischt der Mann sich ohne oder wider den Willen der Frau ein, so wird er wie ein unredlicher Besitzer behandelt[11]).

---

5) §§. 208, 209 das. Eigentlich sollte hierbei die zur Sicherung der Frau vorgeschriebene Formalität entbehrlich sein, da dergleichen Verträge nur den Vortheil der Frau bezwecken, wenigstens nach der gewöhnlichen Absicht der Parteien.

6) §§. 221, 222, 230, 318, 319, 619 das.

7) §. 223 a. a. O. — Das bloße Vorbewußtsein ist ein sehr zweifelhaftes Zeichen von Einwilligung.

8) §. 224 das. Dabei hat man wol an putzsüchtige Frauen gedacht, die neue Kleider ein oder ein Paar Mal anziehen und dann auf den Trödel schicken.

9) §§. 225—227 a. a. O. Wodurch die Unterscheidung begründet wird, weiß man nicht.

10) §§. 221, 547 das. S. o. §. 498.

11) §§. 545, 546 a. a. O. — Eigentlich ist hier Geschäftsführung ohne Auftrag.

§. 756.

C. Erbschatz.

A. L. R. II, 1, §§. 276—309, 540—542, 761—765, 778—782. — II, 2, §§. 294—299.

Der Erbschatz ist eine neue Erfindung und daher ungebräuchlich. Er ist eine Art Fideikommiß, welches ein Dritter den aus der Ehe zu hoffenden Kindern bestellt, also ungefähr das, was im R. R. die Dos, welche ein Fremder giebt, ist, nur mit der Abweichung, daß die Substanz den Kindern aufbehalten werden soll[1]). Die Bestellung muß schriftlich geschehen, ohne Unterschied der Summe[2]). Während der Ehe hat daran der Mann die Rechte wie an dem Eingebrachten, wenn der Besteller nicht etwas Anderes bestimmt; bei der Trennung der Ehe fallen sie an den überlebenden oder unschuldigen oder, wenn kein Theil schuldig ist, an beide geschiedene Ehegatten; auch das Eigenthum erhält Derselbe, wenn keine Kinder vorhanden sind[3]). Der Besteller kann mit Zustimmung der Eheleute den Erbschatz in Eingebrachtes oder in Vorbehalt der Frau verwandeln, aber die Eheleute allein können darüber keine Verfügung treffen, wenn Kinder vorhanden oder noch zu erwarten sind, ausgenommen zu deren Ausstattung bis auf die Hälfte[4]). Sind keine Kinder vorhanden und auch nicht mehr zu erwarten, so können die Eheleute den Erbschatz, nach dem Tode des Bestellers, aufheben[5]). Soll außerdem damit, nach dem Abgange des Bestellers, eine Veränderung vorgenommen werden, so müssen die großjährigen Kinder oder, wenn dergleichen nicht vorhanden, ein den Minderjährigen oder, wenn noch keine Kinder da sind, dem Erbschatze zu bestellender Kurator zugezogen werden[6]). In dem Vermögen des Mannes hat der

---

1) §§. 276—279, 298 das.; II, 2, §§. 295—299. — Suarez Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 113. — Anm. im Entw. Th. I, Abth. 1, S. 65. — Klein, Annalen, Bd. XXIII, S. 190 ff. — Amelang und Gründler, Arch. Bd. I, S. 49.

2) §§. 281—285, 291—293, 296, 297, 308 a. a. O.

3) §§. 286—289, 761—765, 778—782 das.

4) §§. 294, 298, 299 a. a. O.

5) §. 300 a. a. O. Das Eigenthum fällt dann an beide Eheleute.

6) §§. 301, 305, 306 das.

Erbschatz mit dem Eingebrachten gleiche Vorrechte; Beide werden im Falle der Unzulänglichkeit der Masse verhältnißmäßig berichtigt [7]).

D. Gütergemeinschaft.

A. L. R. II, 1, §§. 345—433, 634—664, 755—758. — Christian Ludwig Runde, deutsches eheliches Güterrecht. 8. Oldenburg, 1841. — G. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, mit besonderer Rücksicht auf Preuß. provinzielles und allgemeines Recht dargestellt. 8. Berlin, 1830. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft, nach dem Münsterschen Provinzialrecht, dem Preuß. Landrechte, und ihre Verhältnisse zu einander. 8. Bonn, 1831. — Hasse, Revision der Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach dem deutschen Privatrechte. 8. Kiel, 1808. — Scherer, die verworrene Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten, systematisch bearbeitet, 2 Theile, 8. Mannheim. 1799, 1800. — Lange, die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter den deutschen Eheleuten, zu Latein **communio bonorum conjugalis** genannt, aus den ächten Quellen und nach unverwerflichen Grundsätzen erläutert. 4. Bayreuth, 1766. — Ueber die Preuß. provinziellen Güterrechte der Eheleute: A. v. Kamptz, die Provinzial- und statutarischen Rechte der Preuß. Monarchie. 3 Bde. Berlin 1826—29.

§. 757.

1. Entstehung.

Die eheliche Gütergemeinschaft [1]) entsteht entweder von Rechts wegen dadurch, daß die Eheleute ihren ersten Wohnsitz an einem Orte nehmen, wo die Gemeinschaft nach Provinzialrechte oder Statuten hergebracht ist, oder durch Vertrag [2]). I. Hinsichtlich der von selbst eintretenden (gesetzlichen) Gemeinschaft gelten folgende Regeln: 1. Die bloß statutarische Gütergemeinschaft, im Gegensatze zu der provinziellen, bezieht sich nur auf solche Eheleute, welche für ihre Person der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Ortsobrigkeit nach ursprünglicher Verfassung unterworfen waren, also weder auf ehemalige Eximirte, noch auf solche, welche durch spätere Erweiterung der Gerichtsbarkeit unter dieselbe gekommen

---

7) §§. 303, 304 a. a. O.

1) Ueber das der landrechtlichen Gütergemeinschaft unterliegende Prinzip s. o. §. 750, I.

2) II, 1, §§. 345, 350. Nach manchen Statuten, z. B. nach Lüb. R., auch nach Wenzeslaus K. R. Art. 3, entsteht mit der Eingehung der Ehe eine, durch die Geburt eines Kindes bedingte eheliche Gütergemeinschaft. Pr. 611, (Plen.-Beschl.) v. 18. Februar 1839. — Pr. 1036, v. 27. August 1841. Der Anfangspunkt ist wichtig.

sind [3]). 2. Haben die Eheleute von Anfang eine doppelte persönliche Gerichtsbarkeit mit verschiedenen Güterrechten, so bestimmt sich das Güterverhältniß unter ihnen folgendergestalt: a) Gilt an dem einen Orte Gütergemeinschaft und an dem andern nicht: so leben die Eheleute nicht in Gütergemeinschaft; b) ist an dem einen Orte allgemeine Gütergemeinschaft, an dem andern nur Gemeinschaft des Erwerbes: so gilt unter den Eheleuten die Letztere; c) gilt an beiden Orten eine gleichartige Gemeinschaft, aber nach verschiedenen Bestimmungen: so werden die Verhältnisse der Eheleute nach demjenigen der beiden Ortsrechte beurtheilt, dessen Bestimmungen mit den Grundsätzen des A. L. R. am meisten übereinkommen [4]). 3. Die Veränderung des Wohnorts oder Gerichtsstandes ist ohne Einfluß auf das einmal begründete Güterverhältniß. Ist dieses nicht Gütergemeinschaft, und die Eheleute verlegen ihren Wohnsitz an einen Ort, wo Gütergemeinschaft unter Personen ihres Standes gilt: so müssen sie das unter ihnen bestehende getrennte Verhältniß durch den Richter öffentlich bekannt machen lassen, sonst werden sie Dritten gegenüber nach den Regeln der Gütergemeinschaft beurtheilt [5]). Leben die Eheleute umgekehrt in Gütergemeinschaft und verlegen sie ihren Wohnsitz an einen Ort, wo keine Gütergemeinschaft allgemein gilt: so muß die Ehefrau die einseitigen Verfügungen des Mannes, redlichen Dritten gegenüber, gelten lassen [6]). 4. Steht einer der Ehegatten bei Eingehung der Ehe unter Vormundschaft, so bleibt die Gemeinschaft bis zu Ende der Vormundschaft ausgesetzt. Binnen drei Monaten nach Aufhebung der Vormundschaft hat der bevormundet gewesene Ehegatte die Wahl: ob er die Gemeinschaft eintreten

---

3) §. 346 a. a. O. — Verordn. v. 2. Januar 1849, §. 15. Bisweilen ist es zweifelhaft: ob ein Recht die Bedeutung eines Provinzial- oder eines Ortsrechts (Statuts) hat, wie z. E. bei dem Danziger Rechte der Fall war. Dieses ist für die Stadt ein Statut und für den Landbezirk ein Provinzialrecht. K. O. v. 29. Mai 1833 (Jahrb. Bd. XLI, S. 569). Ebenso das Kulmische, R. v. 26. Juli 1806 (Mathis, Bd. X, S. 295; Rabe, Bd. VIII, S. 638).

4) §§. 347—349 a. a. O. Die Frage in dem dritten Fall kann zweifelhaft sein.

5) §§. 351—353, 416, 417 das. Auch Juden nach Gewinnung des Staatsbürgerthums. Schles. Arch. Bd. I, S. 544 u. Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 234. — M. Schrift über die Juden im Preuß. Staate, S. 191. Dieser Grundsatz bezieht sich nicht auf adlige oder sonst eximirte Eheleute, vorausgesetzt, daß in dem neuen Wohnorte nicht solche provinzielle Gütergemeinschaft obwaltet, welcher auch eximirte Eheleute unterworfen sind. Pr. 1138, v. 22/30. April 1842.

6) Pr. 1730, v. 28. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 297).

lassen will oder nicht (§. 805, II, 2). Erklärt er sich für die Gemeinschaft, oder erklärt er sich binnen drei Monaten gar nicht: so ist die Gemeinschaft in Beziehung auf Dritte (gegen den Andern ist auch eine spätere Erklärung wirksam) mit rückwirkender Kraft bis auf den Anfang der Ehe eingetreten. Erklärt er sich für die Ausschließung und erfolgt die gehörige Bekanntmachung (§. 758): so wird die Gemeinschaft als von Anfang der Ehe ausgeschlossen angesehen[7]). Wird die Ehe, während der dreimonatlichen Bedenkzeit, vor erfolgter Erklärung, durch Tod oder Scheidung getrennt: so gilt Gütergemeinschaft[8]). II. Durch Vertrag kann die Gütergemeinschaft da, wo sie nicht hergebracht ist, eingeführt werden: a) in der Regel nur vor Vollziehung der Ehe, b) ausnahmsweise während der Ehe bei der Verlegung des Wohnsitzes an einen Ort, wo Gütergemeinschaft gilt. Der Vertrag muß in allen Fällen gerichtlich, gleichviel vor welchem inländischen Gerichte, aufgenommen oder anerkannt werden, und die Braut oder Frau muß in Beistande ihres Vaters oder eines ihr zugeordneten rechtsverständigen Beistandes handeln[9]). Die richterterliche Konfirmation des Vertrags ist nicht mehr erforderlich[10]).

§. 758.

2. Aufhebung oder Ausschließung.

Die gesetzliche Gütergemeinschaft kann mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte in der Regel durch Vertrag nur vor Vollziehung der Ehe ausgeschlossen, bezüglich auf die Eheleute selbst aber zu jeder Zeit, und die vertragsmäßige kann auch in Beziehung auf Dritte während der Ehe aufgehoben werden[1]). Auf einseitigen Antrag findet die Aufhebung nach Vollziehung der Ehe für die Zukunft statt: 1. innerhalb der ersten zwei Jahre,

---

7) A. L. R. II, 18, §§. 782—792, 794. Pr. 631, v. 1839.

8) §. 797 a. a. O. — Es ist auch hier eine von Anfang der Ehe eingetretene, aber durch die Ausschließung **bedingte** Gütergemeinschaft anzunehmen. Vergl. o. Note 2.

9) §§. 354—358 das. — Ges. v. 20. März 1837 (G. S. S. 63).

10) §. 3 dess. Gesetzes, wodurch der §. 76 des Anh. zum A. L. R. in dieser Hinsicht aufgehoben ist.

1) §§. 412—414, 418, 419 a. a. O. — Für Schlesien war die Aufhebung für die Zukunft durch das Gesetz vom 11. Juli 1845 §. 8 bis zum 1. Januar 1847 gestattet.

wenn der Andere mehr Schulden als Vermögen in die Ehe gebracht, und wenn er bei der Gemeinschaft des Erwerbs Schulden und kein eigenthümliches Vermögen eingebracht hat [2]); 2. wenn der eine Ehegatte in Konkurs kommt und der Andere abgehen will [3]). Verträge über die Ausschließung der Gemeinschaft vor Vollziehung der Ehe erfordern dieselbe Form wie die über die Einführung (§. 757, II), nur ist dazu ein Beistand für eine selbstständige Braut nicht erforderlich; nach Vollziehung der Ehe muß die Frau auch hierbei einen geschäftskundigen Beistand haben [4]). Für die Eheleute ist der vor Vollziehung der Heirath geschlossene Vertrag von Anfang der Ehe, und die während der Ehe beliebte Aufhebung der Gemeinschaft von Zeit der Erklärung an wirksam; in Ansehung eines Dritten aber, hinsichtlich der erst während der Ehe entstandenen Schulden [5]), von der erlangten Wissenschaft oder, wenn eine frühere nicht bewiesen werden kann, von Ablauf einer Zeit von vier Wochen nach der ersten öffentlichen Bekanntmachung an, welche innerhalb dieser vier Wochen drei Mal in den Intelligenzblättern oder Zeitungen der Provinz geschehen muß [6]). Unter der Provinz wird der Obergerichtsbezirk verstanden [7]); die Bekanntmachung in einer Zeitung, die zwar in der Provinz, aber nicht an einem Orte, der mit dem Wohnorte der Eheleute in demselben Obergerichtsbezirke liegt, ausgegeben wird, ist unwirksam [8]). In dem Falle hat die Bekanntmachung rückwirkende Kraft bis zum Anfange der Ehe, wenn die Ausschließung vor der Heirath geschehen und binnen vier Wochen von Schließung der Ehe angerechnet bei dem Richter des ersten

---

2) §§. 392, 410 a. a. O. — Eine solche in Antrag gebrachte und erfolgte, auch gehörig bekannt gemachte Vermögensabsonderung steht, auch wenn außer der Absonderung die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht ausdrücklich vereinbart worden, nicht nur den vorehelichen Gläubigern des überschuldeten Theils, sondern auch denjenigen Gläubigern desselben entgegen, deren Forderungen nach der Bekanntmachung der Absonderung entstanden sind. Pr. 1957, v. 19. Novbr. 1847 (Entsch. XVI, 226).

3) §. 421 a. a. O.

4) §. 422 das. — Ges. vom 20. März 1837, §. 1.

5) In Beziehung auf voreheliche Schulden hat es volle Wirkung. Pr. 1163, v. 18. Juni 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 384).

6) §§. 422 — 433 a. a. O. An die Stelle der Intelligenzblätter tritt da, wo diese fehlen, der öffentliche Anzeiger des Regierungsamtsblatts. G. v. 21. Dez. 1849 (G. S. S. 441).

7) Vergl. Ges. v. 15. Febr. 1840, §. 10, Nr. 2 (G. S. S. 21).

8) I, 9, §. 622. — Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 387.

Wohnorts auf die öffentliche Bekanntmachung angetragen wird, und diese innerhalb anderer vier Wochen nach dem Antrage vorschriftsmäßig erfolgt [9]. Bei Kaufleuten in Handelsstädten muß die Bekanntmachung noch an der Börse oder durch die Vorsteher der Korporation, wo die eine oder andere Anstalt besteht, und bei zünftigen Handwerkern durch die Zunftältesten hinzukommen, und bei allen Grundstücken der Eheleute muß die Ausschließung der Gemeinschaft im Hypothekenbuche vermerkt werden [10].

§. 759.

3. Rechtsverhältnisse in der Gemeinschaft.

I. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gilt Folgendes: 1. Der Mann hat die Verwaltung; will er aber Grundstücke und Gerechtigkeiten oder solche Kapitalien, welche auf den Namen der Frau, ihres Geschenkgebers oder Erblassers, oder auf den Namen beider Eheleute geschrieben sind, veräußern oder verpfänden: so ist dazu die schriftliche Einwilligung oder Mitwirkung der Frau oder des ergänzenden Vormundschaftsgerichts nothwendig [1]; auch kann die Frau durch ihren, gegen den betroffenen Dritten auch nur mündlich geäußerten Widerspruch jede andere bevorstehende an sich gültige Verfügung des Mannes, bis zur erfolgenden Ergänzung der Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht, hemmen [2]. Der Mangel der Einwilligung macht die Handlung in diesen Fällen ungültig und begründet die Vindikationsklage noch während der Ehe selbst für den Mann [3]. 2. Die von dem Manne während der Ehe gemachten Schulden belasten das ge-

---

9) Ges. vom 20. März 1837, §. 4. Ist die Bekanntmachung nicht innerhalb dieser acht Wochen, sondern erst später bewirkt, so verliert die Ausschließung der Gemeinschaft an sich nicht ihre Kraft; sie äußert aber in Ansehung der von den Eheleuten mit einem Dritten in der Zwischenzeit von Eingehung der Ehe an bis zur Bekanntmachung vorgenommenen Rechtsgeschäfte in Beziehung auf diesen Dritten keine Wirkung. Pr. 1950, v. 28. Okt. 1847.

10) II, 1, §§. 423, 424.

1) §§. 377—380, 388 a. a. O. — Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 170. Pr. 1847 (Plenarbeschl.) des Obertrib. vom 22. März 1847 (J. M. Bl. S. 308 u. Entsch. Bd. XIV, S. 44).

2) §. 387 a. a. O.

3) Schles. Arch. Bd. IV, S. 41 flg. Gutachten des Obertrib. v. 24. Aug. 1840 (Just. M. Bl. S. 371). Vergl. Pr. vom 18. Juni 1850 (J. M. Bl. 1851, S. 282).

meinschaftliche Vermögen, auch die Schenkungen des Mannes gelten in der Regel zur Belastung der Gemeinschaft, doch kann die Frau dieselben in den Fällen widerrufen, wo ihr, wenn sie selbst die Schenkung gemacht hätte, der Widerruf zustehen würde, und nach getrennter Ehe kann sie, wenn das Vermögen durch reine Schenkungen des Mannes soweit erschöpft ist, daß sie ihr Eingebrachtes nicht zurückerhalten kann, soviel davon erforderlich, zurückfordern, auch werden die einseitigen Schenkungen, bei der Auseinandersetzung, auf den Antheil des Mannes angerechnet [4]); ferner dürfen wegen dieser einseitigen Schulden die von der Frau eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten erst dann angegriffen werden, wenn das übrige Vermögen unzureichend ist und die Subhastation kann wegen des ganzen zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Grundstücks nachgesucht werden, wenn auch das Urtel nicht gegen die Ehefrau gerichtet ist [5]). Dadurch, daß der Mann durch Schuldenmachen das gemeinschaftliche Vermögen gültig belasten kann, ist die Bestimmung, daß er nur mit Zustimmung der Frau soll gültig verpfänden können, unwirksam gemacht: der Gläubiger kann im Wege der Exekution das Hypothekenrecht erlangen. Diese Befugniß des Ehemanns zur Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen schließt jedoch die Klage der Ehefrau, wegen Simulation der von dem Ehemanne einseitig getroffenen Verfügung, gegen diesen und den vorgeblichen Gläubiger nicht aus [5a]). 3. Die erlaubten Handlungen der Frau während der Ehe verpflichten die Gemeinschaft nur unter eben den Voraussetzungen, unter welchen eine in getrennten Gütern lebende Ehefrau ihren Mann verbindlich macht [6]). 4. Unerlaubte Handlungen der Frau eben so wie des Mannes belasten mit dem Schadensersatze, den Geldstrafen und Untersuchungskosten das gemeinschaftliche Vermögen, doch wird diese Schuld, bei der künftigen Auseinandersetzung, auf den Antheil des Schuldigen angerechnet, und die von dem Unschuldigen eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten dürfen nur subsidiarisch angegriffen werden [7]). 5. Vor-

---

4) §§. 380—383 a. a. O.

5) §§. 380, 386, 391 a. a. O. Pr. 803, v. 23. Dez. 1839.

5a) Pr. des Obertrib. 551, v. 1838. Auch aus andern Nichtigkeitsgründen muß die Frau ein nichtiges Geschäft angreifen können.

6) §. 389 das. — S. v. §. 572 Nr. II, 2, S. 235.

7) §§. 384—386, 390 a. a. O. — Der Schadensersatz ist nicht genannt,

eheliche Schulden eines jeden der beiden Ehegatten werden gleichfalls gemeinschaftlich [8]), ausgenommen wenn innerhalb der ersten zwei Jahre die Absonderung eintritt (§. 758), oder wenn die Ausschließung der Gütergemeinschaft auch nur in Ansehung der Eheleute wirksam ist [9]). II. Ist durch Gesetz oder Vertrag nur eine Gemeinschaft des Erwerbs eingeführt, so gelten von dem Erwerbe im Allgemeinen dieselben Regeln wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft von dem ganzen Vermögen [10]). Ausgeschlossen von der Gemeinschaft sind unter den Erwerbungen während der Ehe: Erbschaften, Vermächtnisse, reine Schenkungen; jeder andere Erwerb durch Glücksfall, namentlich Lotteriegewinn und gefundene Schätze, fallen in die Gemeinschaft [11]). Bei der Auseinandersetzung wird vermuthet [12]), daß Alles, was in dem bei Anfang der Ehe aufgenommenen Vermögensverzeichnisse nicht angegeben ist, zum Erwerbe gehöre; ist kein Verzeichniß aufgenommen, so wird vermuthet, daß bei Schließung der Ehe Nichts vorhanden gewesen [13]).

§. 760.

4. Rechte bei der Auflösung der Ehe.

Mit der Auflösung der Ehe nimmt die eheliche Gütergemeinschaft ein Ende [1]). I. Wird die Ehe durch den Tod des Einen

---

nach dem Prinzip muß jedoch davon eben das gelten, was von Kosten und Geldstrafen.

8) §. 391 a. a. O. Nach der Parömie: Wer dem Manne trauet, trauet den Schulden, oder: qui épouse femme, épouse ses dettes. Eisenhardt, Sprüchwörter, II, 16, §. 3. — Hertii Opusc. Tom. III, L. 1, paroem. 69, 70. — Schles. Arch. Bd. I, S. 142 ff. — Die Exekution in das ganze gemeinschaftliche Grundstück findet auch wegen solcher Schulden selbst dann statt, wenn das Urtel nicht mit gegen die Ehefrau gerichtet ist. Pr. 803, vom 23. Dezember 1839.

9) Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 384.

10) §§. 406—411 a. a. O.

11) §§. 402—405 das. Die Ausbeute eines Bergwerks aber wird nicht zum gemeinschaftlichen Erwerbe gehören, sondern nur die Zinsen davon, aus demselben Grunde, aus welchem der Nießbraucher darauf keinen Anspruch hat. Pr. 1686, vom 22. Januar 1846. S. oben §. 320.

12) Der Gegenbeweis ist also zulässig. Nach dem Code civil, Art. 1499, gilt hier in Beziehung auf das Verhältniß der Eheleute zu Dritten eine praesumtio juris et de jure.

13) §§. 396—401 a. a. O. Jeder muß also seine entgegengesetzte Behauptung beweisen.

1) §§. 634, 635; 732, 743, 755, 811 a. a. O.

getrennt, so wird das der Gemeinschaft unterworfen gewesene Ganze in zwei Theile gelegt; die eine Hälfte ist des Ueberlebenden Eigenthum, die Andere die Verlassenschaft des Verstorbenen[2]). In der Zwischenzeit von der Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung des Ueberlebenden mit den Erben des Verstorbenen ist das Verhältniß eine zufällige Gemeinschaft (Miteigenthum, communio incidens)[3]), wie unter Erben, und zwar ohne Unterschied der Fälle, so daß auch dann, wenn der Ueberlebende mit seinen und des Verstorbenen gemeinschaftlichen Kindern in der Gemeinschaft bleibt (communio prorogata), das Verhältniß nicht die frühere eheliche Gütergemeinschaft sondern die communio incidens ist[4]). Der Hinterbliebene, welcher bloß mit gemeinschaftlichen Kindern zu thun hat, kann in diesem Verhältnisse bleiben und bis zur Auseinandersetzung Besitz und Verwaltung behalten, bis er sich wieder verheirathet, oder die Töchter heirathen und die Söhne einen eigenen Haushalt gründen wollen, oder bis er der Verschwendung oder sonst einer schlechten Verwaltung verdächtig wird, oder bis bei dem Vater ein Fall eintritt, wo die Sicherstellung des Vermögens seiner Kiuder nothwendig ist[5]). Abgefundene Kinder aus einer frühern Ehe des Verstorbenen (§. 843) können nicht auf Auseinandersetzung antragen[5a]). Folgen davon, daß mit der Trennung der Ehe die eheliche Gütergemeinschaft aufhört und eine zufällige Gemeinschaft eintritt, sind: daß der hinterbliebene Ehegatte Rechnung

---

2) §§. 637, 638 das. — II, 2, §§. 366—377, 519, 520. Wegen der Annahme der einzelnen Gegenstände, besonders der Grundstücke, kommen die bei der Dotalehe (§. 754) geltenden Grundsätze zur Anwendung. §. 648 d. T.

3) §§. 653—656 a. a. O.

4) Darüber sind die Meinungen getheilt. Das Gutachten der Gesetzkommission vom 17. April 1805 (R. Arch. Bd. IV, S. 18 ff.; Rabe, Bd. VIII, S. 278) will eine Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft sehen. Aber ohne Ehe giebt es keine eheliche Gütergemeinschaft; die Rechtsbestimmungen kennen ein solches anomalisches Verhältniß nicht und das Gutachten beruht auf willkührlichen Annahmen. Vergl. Witte, Preuß. Intestaterbrecht, S. 103, 104; und R. vom 22. Januar 1843 (Just. Min. Bl. S. 30). Der §. 410, Tit. 18, Th. II A. L. R., auf welchen man sich auch beruft, bestimmt durchaus nicht die rechtliche Natur des Verhältnisses, sondern nur den Fall, wo es eintreten kann.

5) II, 18, §§. 410—414, 35, 36. Vergl. das eben gedachte Gutachten v. 17. April 1805.

5a) II, 1, §§. 639, 644. — Nur die Ausmittelung ihres Erbtheils, nicht die Ausantwortung, können sie verlangen, den Genuß aber behält der Ueberlebende lebenslang. §§. 645, 646, 649—653 das. Doch nur dann, wenn er lediglich aus der Gemeinschaft Theil an der Masse hat, nicht aber auch dann, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente des Verstorbenen angetreten hat. Pr. 125d, vom 5. Januar 1843 (Entsch. VIII, 313).

legen muß; daß neue Erwerbungen, welche nicht durch An- und Zuwüchse oder durch die Verwaltung entstehen, insbesondere Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke, Glücksfälle des einen oder andern Miteigenthümers, selbst auch solche Erwerbungen, welche der Ueberlebende zwar mit aus der Gemeinschaft entnommenen Mitteln, aber doch für sich selbst macht, nicht in die Gemeinschaft fallen[6]). Bei der Abschichtung der Kinder, wodurch die bis dahin seit Auflösung der Ehe bestandene communio incidens endgültig aufhört, hat der überlebende Ehegatte das Recht, die Grundstücke, wie bei der Dotalehe (§. 754), für eine von der Gesammtheit oder der Mehrzahl der Erben zu setzende Taxe anzunehmen[6a]); und der überlebende Ehemann kann, wenn in dem mit seinen minorennen Kindern zu theilenden Vermögen ein von ihm bei Eingehung der Ehe eingebrachtes Grundstück vorhanden ist, dieses Grundstück zum Alleineigenthum für den Erwerbungspreis und gegen Uebernahme der Verbindlichkeit annehmen, daß er bei einem Verkaufe desselben das Mehr (Pluspretium) des Kaufgeldes nachträglich mit den Kindern theilen wolle[6b]). Die dadurch gegründete Forderung der Kinder ist eine bedingte, künftige Forderung von ungewissem Betrage, welche ganz wegfällt, wenn nicht die Bedingung vor dem Tode des Annehmers eingetreten ist; der bei der Theilung seines Nachlasses vereinbarte höhere Ueberlassungspreis kommt daher in dieser Hinsicht nicht in Betracht[6c]). II. Bei eintretender Scheidung gilt Folgendes: 1. Ist Keinem der geschiedenen Eheleute ein Uebergewicht der Schuld beigemessen, so nimmt Jeder das Eingebrachte und das ihm in der Ehe zufällig Erworbene zurück, und das Uebrige wird gleichmäßig getheilt[7]). Für den Fall der Einbuße fehlen Bestimmungen. Die allgemeinen Grundsätze ergeben folgende Regeln: a) Die eingebrachten Schulden

---

6) §§. 657—660 a. a. O. Nach dem Gutachten (Note 4) erscheint solches als etwas Unzusammenhängendes und Willkührliches.

6a) §. 648 d. T. Pr. des Ober-Trib. vom 29. November 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 261).

6b) Anh. z. A. L. R. §. 79 (zu §. 648 d. T.)

6c) Die Kinder und nicht der Ehemann würden, wenn die Theilung als Veräußerung zu betrachten wäre, die Veräußerer sein; auf diesen Fall geht aber die Abrede nicht. Pr. des Otr. 2218, vom 8. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 270). M. Aufsatz im Schles. Archiv, Bd. IV, S. 391 ff. Vergl. Bd. I, S. 442 und Bd. II, S. 402.

7) §§. 755—758 a. a. O.

nimmt ein Jeder für seinen Theil zurück. b) Die während der Ehe entstandenen gemeinschaftlichen Schulden werden von der zur Theilung kommenden Errungenschaft abgezogen und beziehlich berichtigt; soweit dieselbe unzureichend ist, werden die Schulden getheilt. c) Ist das Gesammtvermögen auch zur Zurücknahme oder Erstattung des Eingebrachten unzureichend, so muß die Einbuße zusammengerechnet und gleichmäßig getheilt werden. d) Die Rechte der Gemeinschaftsgläubiger werden durch dieses Verhältniß der gewesenen Eheleute und deren Auseinandersetzung nicht geändert [8]). 2. Fällt dem Einen ein Uebergewicht der Schuld zur Last, so hat der Schuldlose die Wahl zwischen derselben Auseinandersetzungsart oder einer durchgehenden gleichen Theilung. Wählt er die Erstere, so kann er noch die Ehescheidungsstrafe fordern; der Anspruch auf Rücknahme des Eingebrachten sowohl als auf Strafe muß durch Auflegung eines Inventars von dem zur Zeit der rechtskräftig erfolgten Scheidung vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögen, oder durch Provokation gegen den Andern auf Vorlegung eines solchen Inventars begründet werden; sonst kann die Klage auf Herausgabe des Eingebrachten ebensowenig wie der Anspruch auf Verpflegungsgelder nach einem bestimmten Betrage aus den Mitteln des schuldigen Ehemannes, statt Abfindung, für substantiirt erachtet werden [8a]). Wählt er die Hälfte des Ganzen, so ist er damit abgefunden. Nur die vor angemeldeter Scheidungsklage entstandenen Schulden kommen zum Nachtheile des Schuldlosen von der Theilungsmasse, sei diese das Ganze oder nur die Errungenschaft, in Abzug [9]). S. u. §. 763b.

§. 761.

E. Dotalverträge.

Verträge über die Güterverhältnisse der Eheleute während der Ehe sind, unbeschadet der Rechte der Gläubiger und der pflichttheilsberechtigten Erben, unverwehrt. Besonders erwähnte Fälle

---

8) §§. 757, 758, 661 das. Nur haftet die Frau, auf Grund der Gemeinschaft und wenn sie sich nicht besonders formgemäß verbindlich gemacht hat, niemals persönlich und über die Kräfte des gemeinschaftlichen Vermögens.

8a) Pr. des Otr. 1952, v. 20. Decbr. 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 233).

9) §§. 811–820 a. a. O. Das bezieht sich selbstverständlich nur auf das Verhältniß der Eheleute unter sich; dem redlichen Dritten haftet das Ganze. Pr. 704, vom 24. Juni 1839.

sind: 1. Verträge über den Vorbehalt (§. 755, II). Außer der gerichtlichen Form muß bei Grundstücken und Kapitalien, die nach gesetzlicher Bestimmung die rechtliche Natur des Eingebrachten haben, und mit rechtlicher Wirkung beziehlich auf Dritte vorbehalten werden sollen, im Grundbuche diese Eigenschaft vermerkt werden[10]). 2. Verträge, wodurch der Frau in der Ehe von den Einkünften ihres Gewerbes oder Eingebrachten, die von Rechts wegen dem Manne gehören, Etwas überlassen werden soll, bedürfen der gerichtlichen Form nicht; selbst die mündliche Form genügt, wenn die aus den Einkünften angeschafften Grundstücke und Kapitalien, zur Zeit der Vermögensabsonderung, auf den Namen der Frau geschrieben stehen. Derartige Erwerbungen, welche der Mann seiner Frau ganz nach seinem Gutfinden überlassen kann oder nicht[11]), können die Eigenschaft sowohl des Vorbehalts als des Eingebrachten annehmen; sie gelten aber für Eingebrachtes, wenn nicht durch einen gerichtlichen Vertrag der Vorbehalt verabredet worden ist[12]). 3. Verträge über die Abfindung im Falle der Scheidung. Geht die Verabredung dahin, daß der Schuldlose auf die gesetzliche Abfindung verzichtet, so kann der Vertrag, er mag vor oder nach Vollziehung der Ehe geschlossen werden, nur in gerichtlicher Form gültig zu Stande kommen; wird dagegen die Abfindung auf eine gewisse Summe oder Sache bestimmt, so ist die für Verträge zwischen Eheleuten nach Verschiedenheit der Zeit der Eingehung vorgeschriebene Form genügend[13]).

III. Scheidung.

A. L. R. II, 1, §§. 668—834. Zu Grunde liegt dabei das Ehescheidungs-Edikt vom 17. November 1782 (N. C. C. Tom. VII, S. 1613; Rabe, Bd. I, Abth. 7, S. 170). Das ältere Recht enthält die Visitations- und Konsistorial-Ordnung v. 1573 (C. C. M. Tom. 1, Abth. 1, S. 273; Rabe, I, Abth. 3, S. 591) und das Edikt vom 27. Septbr. 1751 (N. C. C. Tom. I, S. 157). — A. G. O. Th. I, Tit. 40. — Verordnung über das Verfahren in Ehesachen, vom 28. Juni 1844 (G. S. S. 184 ff.). — Die Literatur über die Eheschei-

---

10) §§. 208, 209, 215—218 a. a. O.

11) Darüber ist man nicht einerlei Meinung.

12) §§. 211, 219, 220 a. a. O.

13) §§. 824 u. 825 das. Die Unterscheidung entspricht nicht der Gesetzgebungspolitik; denn die bestimmte Summe oder Sache kann auf eine werthlose Kleinigkeit zurückgebracht werden.

dung ist sehr reich. Für das Pr. R. sind vorzüglich die Schriften darüber nach den Ansichten der evangelischen Kirche wichtig. Hervorzuheben ist O. v. Gerlach, kirchenrechtliche Untersuchung der Frage: Welches ist die Lehre und das Recht der evangelischen Kirche, zunächst in Preußen, in Bezug auf die Ehescheidungen und die Wiederverheirathung geschiedener Personen. Erlangen, 1839. — Wiedenfeld, über die Ehescheidungen unter den Evangelischen, Leipzig, 1837. — Ueber den einzig wahren Ehescheidungsgrund in der christlichen Kirche, so wie in den christlichen Staaten, von einem Juristen. Bayreuth, 1838. Dazu Jacobsen Rezension in Richter's und Schneider's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 1839, S. 708 flg. — Die versuchte Gebung eines neuen Ehescheidungsgesetzes ist nur vor der Hand bei Seite gelegt, bis „zur gründlichen Vorbereitung dieses noch zu erlassenden Gesetzes die Erfahrungen der Gerichte über die Erfolge des verbesserten Verfahrens in Ehesachen gesammelt sein werden." K. O. vom 28. Juni 1844 (G. S. S. 183). Die Zahl der durch diesen Versuch hervorgerufenen Schriften, in einem der beabsichtigten Reform entgegengesetzten Sinne, ist nicht unbedeutend. S. u. A. Sommer, über das Ehescheidungsgesetz; in Ulrich's Archiv, Bd. VIII, S. 505; Beitrag zur Würdigung des Entwurfs einer Verordnung über Ehescheidung, vorgelegt von dem Ministerium für Revision der Gesetze im Juli 1842, Breslau 1842; Die Sitte ist besser als das Gesetz, eine Verwahrung gegen ein neues Ehescheidungsgesetz, Berlin, 1842; Audiatur et altera pars! Eine freie Stimme über den Preuß. Ehescheidungs-Gesetz-Entwurf, Leipzig, 1843; Beleuchtung der Preuß. Eherechts-Reform, Frankfurt a. a. O. 1843.

§. 762.

1. Ehescheidungsgründe.

Die Scheidung einer gültigen Ehe ist, dem Bande nach, für alle Staatsangehörigen, ohne Unterschied der Religion und der kirchenrechtlichen Satzungen, mit gleicher civilrechtlichen Wirkung erlaubt[1]), aber nur durch Richterspruch und aus besonders erheblichen Gründen. I. Für dergleichen Gründe sind anerkannt: 1. Ehebruch[2]) oder unerlaubter Umgang[2a]); bloßer Verdacht genügt

---

1) II, 1, §§. 668, 669, 732—735. Juden-Edikt v. 11. März 1812, §§. 26, 27. — Schmalkaldische Art. Tit. de potestate et jurisd. episcoporum.

2) §§. 670—672 das. — Luther, Sämmtl. Werke, Ausg. v. Walch, Bd. X, S. 797, 908, 949 flg. — Evang. Matth. 5, 31 und 32; 19, 8 u. 9. Haben beide Theile Ehebruch begangen, so kann wohl der Mann, nicht aber die Frau wegen Ehebruch auf Scheidung klagen, vielmehr muß ihre Klage, wenn der Mann den ihr gemachten Vorwurf darthut, zurückgewiesen werden. Pr. 430, vom 26. Februar 1838. — Ueber die allgemeine Behauptung: daß von dem beklagten Ehegatten Ehebruch getrieben worden, findet, selbst wenn die Person, mit welcher der Ehebruch getrieben sein soll, genannt worden, keine Eidesdelation statt. Pr. 1040, vom 14. September 1841.

2a) §. 673 d. T. — Der aus einem dringend verdächtigen Umgange eines

nicht zum Beweise[3]. 2. Bösliche Verlassung[4]. Dafür gelten folgende Fälle: a) wenn die Frau die Wohnung des Mannes ohne rechtmäßigen Grund verläßt oder ihm in den neugewählten Wohnort nicht folgen will, auch die an sie erlassene Aufforderung des Richters, sich zu ihrem Manne zu begeben, innerhalb der bestimmten Frist nicht befolgt[5]; ausgenommen, wenn der Mann aus einer unerlaubten Ursache aus dem Lande geht, oder wenn durch einen vor der Heirath geschlossenen Vertrag die Frau von der Pflicht, dem Manne in einen neuen Wohnort zu folgen, entbunden ist[6]; b) wenn in dem Falle, wo beide Theile in demselben Hause wohnen, doch der eine Ehegatte dem Andern die eheliche Gemeinschaft (nicht bloß die eheliche Pflicht) verweigert und solche verhindert[6a]; c) wenn der Mann die Frau nicht bei sich aufnehmen will und dabei auch auf ergangenen richterlichen Befehl beharrt, wenngleich sie ihren unbescholtenen Wandel während der unrechtmäßigen Abwesenheit von ihm nachweis't[7]; weiset sie diesen auf Erfordern nicht nach, so ist er nicht schuldig, sie wieder aufzunehmen, er ist auch, wenn er die Aufnahme versagt, nicht verpflichtet, seinerseits auf Trennung der Ehe zu klagen, oder solche auf Grund dieser Weigerung geschehen zu lassen[8]; d) Abwesenheit mit unbekanntem Aufenthalt, wenn die Entfernung unter Umständen, die den bösen Vorsatz der Verlassung des Andern dringend vermuthen lassen, geschehen ist, und seitdem Ein Jahr,

---

Ehegatten entspringende Ehescheidungsgrund wird auch durch den Beweis des nicht konsumirten Beischlafs nicht beseitigt. Pr. 1994, vom 3. April 1848. — Nicht erst der Beischlaf, sondern schon eine unzüchtige geschlechtliche Vertraulichkeit eines Ehegatten mit einer dritten Person bricht die eheliche Treue.

3) §§. 674—676 d. T. — Anders nach c. 3, 4, 7, 14 C. XXXII, qu. 5; c. 1, 6 C. XXXIV, qu. 1 et 2.

4) II, 1, §. 677. — Declaration Pius VI, vom 11. Juli 1789.

5) §§. 678—680, 685, 686 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. VI, S. 320. Die Rückkehr nach Ablauf der Frist macht die Scheidungsklage nicht unstatthaft. Pr. 916, vom 28. Septbr. 1840.

6) §§. 681, 682 a. a. O.

6a) Pr. des Otr. 942, vom 9. Novbr. 1842.

7) §§. 684, 687 das. Hat die Entfernung einen rechtmäßigen Grund, so ist die Frau zum Nachweise ihrer Aufführung nicht verbunden.

8) Pl. Beschl. des Otr. vom 5. Mai 1851 (J. M. Bl. S. 212), wodurch die früher entgegengesetzte, in dem Erk. vom 15. Juni 1835 (Simon's Rechtssprüche, Bd. IV, S. 349 ff.) ausgesprochene Meinung verworfen worden ist. — Der Mann muß die Zeugnisse über gute Führung der Frau abfordern, und erst wenn sie solche dann nicht beibringt, hat er hinreichenden Grund die Annahme zu verweigern. Pr. 1194, vom 19. September 1842.

oder wenn keine solchen Umstände bekannt sind, Zwei Jahr auf die Wiederkehr vergeblich gewartet, auch die hierauf erlassene öffentliche Vorladung fruchtlos geblieben ist[9]). Ohne Abwartung irgend einer Frist kann, wegen böslicher Verlassung, auf Scheidung klagen: a) die Ehefrau eines entwichenen Soldaten, und eines Kriegsgefangenen, dernach erfolgter Auswechselung der Gefangenen nicht zurückkehrt, indem man von ihm vermuthet, daß er ein Deserteur sei; wird die Vermuthung widerlegt, so muß die ein- oder zweijährige Frist von der Auswechselung angerechnet werden[10]); b) der unschuldige Ehegatte eines flüchtigen Verbrechers[11]). 3. Halsstarrige und fortdauernde Versagung der ehelichen Pflicht, und Vereitelung der Folgen der ehelichen Umarmung. Wörtlich ausgedrücktes Begehren zur Leistung ist nicht erforderlich, zumal von Seiten der Frau; ob der Grund vorhanden, hat das Ermessen des Richters nach den Umständen, ohne Rücksicht auf eine gewisse Zeitdauer, zu befinden[12]). 4. Körperliches Unvermögen, auch wenn es erst während der Ehe entstanden ist[13]); und unheilbare, ekelerregende Gebrechen[14]). 5. Wahnsinn, wenn er über ein Jahr dauert und wahrscheinlich unheilbar ist; Blödsinn nicht[15]). 6. Nachstellung nach Leben oder Gesundheit, grobe Verletzung der Ehre, oder der persönlichen Freiheit, und bei Personen mittlern und höhern Standes auch muthwillige und wiederholte geringe Thätlichkeiten; dagegen Drohungen[15a]) oder bloß mündliche Beleidigungen, ferner Un-

---

9) §§. 688—693 a. a. O.

10) Anh. z. A. L. R. §. 80 (zu II, 1, §. 690). — R. vom 3. Nov. 1810, (Mathis, Bd. IX, S. 553; Rabe, Bd. X, S. 468).

11) §§. 681, 692 a. a. O. — Anh. z. A. G. O. §. 295 (zu I, 40, §. 64); K. O. vom 30. August 1810 (Mathis, Bd. IX, S. 338).

12) §. 694 a. a. O. — Schlef. Arch. Bd. II, S. 568. — Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 351 u. S. 399. Auch ein Mandat des Richters zur Leistung der ehelichen Pflicht ist nicht nöthig. Pr. 1465, vom 21. Juni 1844. Das Erbieten der Erfüllung während des Scheidungsprozesses ist einflußlos. Pr. 2176, vom 1. Februar 1850 (Entsch. XVIII, 534).

13) §. 696 a. a. O. Ist nach R. und kan. R. ein Nullitätsgrund, wenn das Unvermögen schon vor der Ehe vorhanden war. L. 39, §. 1 D. de jure dot. (XXIII, 3). — c. 1, 4, 5 X. de frigidis (IV, 15). — Leyser, Med. ad Pand., sp. 315, m. 3, 4. — Impotenz aus Alterschwäche ist kein Scheidungsgrund. Pr. 935, vom 10. Novbr. 1840.

14) §. 697 a. a. O. — 5. Mos. 24, 1.

15) §. 698 a. a. O. Pr. 138, vom 20. Decbr. 1836. Zur Begründung einer, auf Raserei und Wahnsinn gestützten Ehescheidungsklage gehört, daß dieser Zustand durch ein vorgängiges Urtel, welches den verklagten Theil für wahnsinnig oder rasend erklärt hat, dargelegt werde. Pr. 1364, vom 8. Mai 1843.

15a) Die Drohung, den Andern zu ermorden, mit einem Beile in der Hand ausgesprochen, hat den Karakter einer Nachstellung nach dem Leben. Pr. 1012, vom 26. April 1841.

verträglichkeit und Zanksucht nur dann, wenn sie einen solchen Grad von Bosheit erreichen, daß dadurch Leben oder Gesundheit des Andern gefährdet wird [16]). 7. Wenn ein Theil wegen grober Verbrechen zu einer „schmähligen" Zuchthaus- oder Festungs-Arbeits-Strafe verurtheilt wird und der Andere ohne jede Theilnahme an der That ist; wenn ein Theil den Andern solcher Verbrechen vor Gericht mit Bewußtsein fälschlich beschuldigt; wenn der Eine durch vorsätzliche unerlaubte Handlungen den Andern in Gefahr bringt, Leben, Ehre, Amt oder Gewerbe zu verlieren; wenn der Eine ein schimpfliches Gewerbe unternimmt [17]). 8. Hang zur Trunkenheit, Verschwendung oder unordentlichen Wirthschaft, nachdem von dem Richter die Besserung fruchtlos versucht worden [18]). 9. Versagung des Unterhalts der Frau Seitens des Mannes, wenn damit fortgefahren wird, nachdem der Richter Zwangsmaßregeln zur Reichung der Verpflegung angewendet hat [19]). 10. Religionsveränderung des Andern, wenn die Verschiedenheit der Religion gleich Anfangs ein Ehehinderniß gewesen sein würde [20]). 11. Abneigung. a) Sind zur Zeit der gesuchten Scheidung keine Kinder vorhanden, sei es, daß gar keine Kinder erzeugt worden, oder die erzeugten Kinder wieder verstorben sind; so kann die Ehe auf den Grund der bloßen Einwilligung beider Theile getrennt werden, wenn weder Leichtsinn, Uebereilung noch heimlicher Zwang

---

16) §§. 700, 703 d. T. — Thätlichkeiten in dem hier gemeinten Sinne sind nur dann vorhanden, wenn der Andere davon wirklich betroffen worden ist; ein verfehlter oder abgewendeter Schlag gilt dafür nicht. Pr. 1376, vom 11. Decbr. 1843. — Bloße Schimpfreden gelten als Scheidungsgrund selbst dann nicht, wenn sie in Beschuldigung solcher Verbrechen bestehen, die, falls sie begründet wären, dem Beleidigten die Ahndung der Gesetze oder die besondere Verachtung seiner Standesgenossen zuziehen würden. Dergleichen Schimpfreden fallen unter die §§. 701, 702. Pr. 810, vom 20. Januar 1840 (Entsch. V, 328).

17) §§. 704—707 d. T. — Anh. z. A. G. O. §. 295. Ob eine Strafe als eine schmählige anzusehen, ist nach den Umständen und Personen zu beurtheilen. Pr. 925, vom 12. Oktober 1840.

18) II, 1, §§. 708—710. Der Besserungsversuch besteht in einer Verfügung des Richters, worin der Betroffene, auf Anrufen des Andern, erinnert wird, die ihm beigemessenen Laster abzulegen, widrigenfalls der Andere würde auf Scheidung klagen können. Auch eine einmalige Wiederholung des Fehlers nach Empfang des Mandats reicht zur Scheidung hin. Pr. 522.

19) §§. 711—714 a. a. O. Das Mandat wirkt auch nach der Versöhnung. Pr. 1417, vom 23. Februar 1844.

20) §. 715 das. — S. o. §. 746, Nr. I, 7. In keinem Falle ist die Religionsveränderung während der Ehe ein Nullitätsgrund, sondern nur ein Scheidungsgrund für den Andern und auch nur dann, wenn die Eheleute Christen waren und der Abfall das christliche Eheleben stört.

zu vermuthen ist[21]. b) Sind Kinder vorhanden, oder will bei kinderloser Ehe der eine Theil nicht einwilligen, so soll zwar in der Regel die Scheidung nicht erfolgen, aber doch ausnahmsweise dann ausgesprochen werden, wenn der Widerwille so eingewurzelt ist, daß eine Aussöhnung und die Erreichung der Ehezwecke nicht zu hoffen steht[22]. Daß dieses der Fall sei, muß der Kläger durch Thatsachen, aus welchen solches zu entnehmen, und welche an sich einen Scheidungsgrund nicht darzustellen brauchen, darthun[23]. Wer aus diesem Grunde einseitig die Scheidung verlangt, wird für den schuldigen Theil erklärt und in die Ehescheidungsstrafe verurtheilt; und die Scheidung kann ausgesprochen werden, wenn sich auch der Kläger diesen Folgen nicht ausdrücklich unterworfen hat[24]. Auch wenn der Antrag des Klägers, die Ehe jedenfalls wegen unüberwindlicher Abneigung zu trennen, erst in der Revisionsinstanz gemacht ist, steht dem Richter frei, wofern er den Antrag für zulässig und gerechtfertigt erachtet, gleich auf Ehetrennung unter den gesetzlichen Folgen zu erkennen, ohne erst die Sache in eine der früheren Instanzen zurückzuweisen[24a]. II. Die Scheidung findet auch aus einer dieser Ursachen nicht statt: 1. wenn der die Scheidung Suchende den Andern zu der Handlung, die an sich ein Scheidungsgrund ist, veranlaßt hat (exceptio doli)[25]; 2. wenn der Beleidigte dem

---

21) §. 716 d. T. Pr. des Otr. 338, vom 25. Septbr. 1837. Die Auslegung ist wegen des Ausdrucks „ganz kinderlose Ehen" streitig. Manche verlangen eine von Anfang unfruchtbar gebliebene Ehe, sind aber über die Zeit, durch welche die Ehe schon bestanden haben müsse, um zur Ueberzeugung der Unfruchtbarkeit zu kommen, nicht einig. Die Bestimmung ist allerdings zweifelhaft; man weiß nicht, warum die Fassung, wie sie der §. 716 hat, beliebt worden ist. Das Ges. B. II, 1, §§. 716—718 war strenger. Darnach sollte wegen einseitiger Abneigung keine Scheidung stattfinden; wenn beide Theile die Scheidung verlangten, so sollte sie nur dann zulässig sein, wenn die Ehe schon 4 Jahre kinderlos bestanden hätte oder sonst aus Gründen keine Kinder zu erwarten ständen. Damit stimmt der Entwurf I, 1, §§. 522—524, nur verlangt derselbe unbestimmt „mehrere" Jahre, wie das Ehescheidungs-Edikt, §. 17. Das Otr. überläßt es in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen, ob die Ehe für eine ganz kinderlose zu halten. Pr. 934, vom 9. Novbr. 1840.

22) §§. 717, 718 a. a. O. — Simon's Rechtsspr. Bd. I, S. 203.

23) Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 16. Dezbr. 1839 (Entsch. Bd. V, S. 175).

24) §. 718b a. a. O. — Plenarbeschl. des Ober-Trib. vom 17. Juni 1844 (Entsch. Bd. X, S. 47).

24a) Pr. des Otr. 1572, vom 23. Mai 1845.

25) §. 719 das. Vergl. c. 6 X. de eo qui cognovit. (IV, 13). Auch wenn nicht bloß Einer der Eheleute auf die Scheidung dringt. Pr. 2058, vom 25. Septbr. 1848. Denn der Staatsanwalt ist Mitpartei.

Andern vor Anstellung der Klage ausdrücklich, oder stillschweigend durch einjährige Unterlassung der Klage nach erlangter überzeugender Kenntniß von der Handlung, verziehen hat[26]); eine stillschweigende Verzeihung des nachher geltend gemachten Scheidungsgrundes ist in den, nach der V. vom 24. Juni 1844 zu behandelnden, Ehescheidungs-Sachen dann nicht anzuwenden, wenn der beleidigte Ehegatte innerhalb eines Jahres nach erlittener Beleidigung den Entschluß, die Scheidungsklage anzustellen, bei dem kompetenten Geistlichen verlautbart und den Sühneversuch beantragt[26a]). Die Leistung der ehelichen Pflicht gilt nicht für Verzeihung[27]). III. Der Beweis des Scheidungs-, des Ungültigkeits- oder Nichtigkeitsgrundes kann nach neuerem Rechte nicht mehr bloß durch Zugeständniß, sei es vor oder in dem Prozesse, erklärt, oder durch Eideszuschiebung geführt werden, sondern es kommt bei dem Geständnisse auf die Ueberzeugung des Richters an, und der Eid kann nur in Form eines nothwendigen Eides angewendet werden; die Kontumaz des Beklagten hat die Annahme einer negativen Litiskontestation zur Folge[28]).

---

26) §§. 720, 721 a. a. O. — c. 25 X de jurejurando (II, 24). Privattrennung der Eheleute hindert nicht die Annahme stillschweigender Verzeihung. Pr. 499, vom 23. Juli 1838 Erfolgt die Verzeihung während des Scheidungsprozesses, so muß der beleidigte Ehegatte zugleich dem Prozesse entsagen, und die Klage zurücknehmen, wenn auf die behauptete Verzeihung Rücksicht genommen werden soll. Pr. 1090, vom 10. Januar 1842; und Pr. 1210, vom 24. Oktbr. 1842. — Der bei Zurücknahme einer Ehescheidungsklage von Seiten des Klägers geschehene Vorbehalt eines Ehescheidungsgrundes berechtigt jenen nur, binnen einem Jahre auf diesen Grund eine neue Scheidungsklage anzustellen. Pr. 492, vom 2. Juli 1838.

26a) Ang. vom I. Senat des Otr. in Sachen Rosenberg w. Rosenberg, 849/3560, 48.

27) §. 722 d. T. — Auch ein während des Scheidungsprozesses von den Eheleuten gepflogener Beischlaf nicht, nach der Praxis des Ober-Trib. Pr. 230, vom 17. April 1837. Ist gemeinrechtlich streitig und schwerlich der menschlichen Denkweise entsprechend. Eine eheliche Umarmung in Groll und feindlicher Stimmung ist wol nur ganz rohen Naturen möglich.

28) Verordnung vom 28. Juni 1844, §§. 39–47. Anders war es nach A. G. O. I, 10, §. 256. Ueber diesen Gegenstand ist unter den Gelehrten ein lebhafter Streit. Das c. 5 X de eo qui cognovit. (IV, 13) schließt keineswegs die Anwendbarkeit dieses Beweismittels allgemein aus, sondern bezieht sich nur auf den Fall, wo eine Kollusion zu besorgen ist. Aus der neuern Literatur s. m.: Hassenpflug, findet zum Beweise von Ehescheidungsursachen die Eidesdelation statt? (Verneint) in Elvers Themis, Bd. I, Heft 2 (Gött. 1828) Nr. XII. Eben so verneint Jäger in Böhmer's 2c. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Hessen, Bd. I, S. 635–651. Dagegen bejaht Uihlein im Arch. für civil. Prax. Bd. X, Nr. 2, und Bd. XII, S. 15 ff. und in Linde's Zeitschr. IX, S. 28.

§. 763 a.

2. Wirkungen der Ehescheidung.

I. Mit dem Tage, an welchem das Scheidungsurtel rechtskräftig wird, ist das Band der Ehe getrennt, d. h. die Ehe mit allen ihren Folgen ist in Ansehung beider Theile gänzlich aufgehoben [1]. Auf Scheidung von Tisch und Bette soll, bei gemischten Ehen und wenn beide Theile evangelisch sind, nicht erkannt werden [2]; die früher von katholisch-geistlichen oder von ausländischen Gerichten erkannte beständige Separation von Tisch und Bette (separatio perpetua) hat alle bürgerliche Wirkungen einer gänzlichen Scheidung, und die zeitweilige Separation (separatio temporaria), mag sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit erkannt sein, gilt bürgerlich für ein Interimistikum [3]. Die zweite Ehe für beständig geschiedener katholischer Eheleute hat volle bürgerliche Geltung und das Urtel eines geistlichen Gerichts, welches die zweite Ehe für nichtig erklärt, hat keine rechtliche Wirkung [4]. II. Ist die Ehe wegen Ehebruchs geschieden, so soll die Wiederverheirathung dem Schuldigen in dem Urtel nur unter Vorbehalt einer besondern Erlaubniß des Richters, die nur dann ertheilt wird, wenn die verlobte Person in den Akten nicht als die von dem Eheverbot Betroffene bezeichnet ist (§. 746, I, 4), gestattet werden [5]. III. Ist die Frau für schuldig erklärt, gleichviel ob

---

1) §§. 731, 732 a. a. O.

2) Nur während der Scheidung kann, wenn wegen Sävitien geklagt oder Hoffnung zur Aussöhnung ist, eine temporaire Trennung gestattet werden. §§. 724, 725 das. — V. vom 28. Juni 1844, §§ 55—60. — Vergl. Pfeiffer, prakt. Ausführungen, V, Nr. 4.

3) §§. 733, 734 das. — Anh. §. 81. — K. O. vom 17. Aug. 1815 (Ergänz. zu §. 734 d. T.). — Entsch. der Ges.-Kommiss. vom 10. Oktbr. 1786, (Rabe, Bd. I, Abth. 7, S. 530).

4) II, 1, §§. 734 u. 735. — R. vom 10. Oktbr. 1816 (Jahrb. Bd. VIII, S. 239).

5) §§. 736, 737 a. a. O. — In dem Urtel braucht der Name dieser Person nicht genannt zu sein. Den Vorbehalt kann und muß auch noch der Revisionsrichter nachholen, wenn die Richter der früheren Instanzen denselben auszusprechen übersehen haben sollten. Pr. 856, vom 21. April 1840. — Der Umstand, daß ein, einem Ehegatten zur Last fallender Ehebruch mit einer bestimmten Person in dem Scheidungsprozesse von dem anderen Ehegatten ausdrücklich nur zu dem Zwecke gerügt worden ist, um das Uebergewicht der Schuld von sich abzulehnen, reicht nicht hin, um in dem Scheidungsurtel den Vorbehalt auszusprechen; vielmehr kann das nur geschehen, wenn der Ehebruch auch wirklich als die Ursache der erkannten Scheidung befunden worden ist. Pr. 1378, v. 27. Novbr. 1843.

dem Manne gleichfalls eine Schuld zur Last gelegt ist oder nicht: so verliert sie Namen, Rang und Stand des Mannes; ist sie nicht für schuldig erklärt, so hat sie die Wahl, denselben zu behalten oder ihren vorigen Geschlechts- oder Wittwen-Namen und Stand wieder anzunehmen[6]). IV. Gegen den Schuldigen, d. i. der, welchem ein Uebergewicht der Schuld zur Last gelegt wird[7]), tritt eine Privatstrafe ein, welche, wie im alten R. R. die mores majores und minores[8]), nach der Schwere der Vergehungen verschieden ist. Schwere oder grobe Vergehungen sind: Ehebruch, bösliche Verlassung, Versagung der ehelichen Pflicht, verschuldetes körperliches Unvermögen, Nachstellung nach Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre, falsche Anklage. Ist die Ehe wegen einer dieser Ursachen getrennt, so ist der Vierte Theil; ist die Ursache der Scheidung eine andere, so ist der Sechste Theil von dem Vermögen des Schuldigen an den Unschuldigen zu zahlen[9]). War dem Unschuldigen vertragsmäßig ein Erbtheil ausgesetzt, so hat er die Wahl zwischen demselben und der Strafe; doch darf das Erstere nicht die Hälfte des Vermögens des Schuldigen übersteigen, und wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, muß der Schuldlose sich mit dem Geringern von Beiden begnügen[10]). Bestand Gütergemeinschaft, so hat der Unschuldige die Wahl zwischen der Schichtung oder der Güterabsonderung in Verbindung mit der Strafe (§. 760, II). Die Frau kann, statt der Abfindung, standesmäßige Verpflegung bis an ihr Ende und Sicherstellung derselben fordern[11]), wenn auch diese Wahl in dem rechtskräftigen Schei-

---

6) §§. 738—742 das. — Der Mann kann auch nachträglich gegen seine geschiedene Frau auf Ablegung seines Namens und Standes klagen, doch nur auf Grund von solchen Thatsachen, welche während der Ehe vorgefallen sind. Pr. 98, vom 4. Januar 1836 (Entsch. I, 1).

7) §§. 746—750 a. a. O. Ehescheidungsstrafen und die aus der Vernichtung einer Ehe für den Schuldigen erwachsenden Nachtheile können nicht nebeneinander bestehen, folglich nicht gegen einander aufgewogen werden, weil sie sich einander ausschließen. Pr. 1522, vom 3. Januar 1845.

8) Ulpian VI, §§. 12, 13.

9) §§. 748, 783—786 a. a. O. Handlungen, welche das Gewerbe des Andern gefährden, gehören nicht zu den schweren Vergehen. Pr. 553, vom 1. Oktober 1838.

10) §§. 792—797 das.

11) §§. 798—805 das. Die einmal festgesetzten Verpflegungsgelder sind unveränderlich, mögen die Umstände des Schuldigen sich verbessern oder verschlimmern, weil mit der einmal gewählten Art der Abfindung die Privatstrafe bestimm

dungsurtel nicht vorbehalten, weil diese Wahl erst bei der Auseinandersetzung und beziehlich Abfindung zu treffen ist. Dem unschuldigen Manne steht diese Wahl nur zu, wenn er schuldlos außer Stand gekommen, sich seinen Unterhalt zu verdienen [12]). Ist der Schuldige unvermögend, so tritt an die Stelle dieser Privatstrafe eine öffentliche Freiheitsstrafe auf 14 Tage bis 3 Monaten [13]). Ein Erlaß der gesetzlich zukommenden Abfindung in außergerichtlicher Form ist für den unschuldigen Ehegatten unverbindlich [14]). V. Stirbt der beleidigte Ehegatte vor der Trennung, so stehen seinen Erben folgende Befugnisse, zum Behufe der Auseinandersetzung des Vermögens, zu: 1. wenn der Tod erst nach fruchtlos angestelltem Sühneversuch eingetreten ist, so können sie die Scheidungsklage wegen des Vermögensinteresses verfolgen; 2. wenn der überlebende Ehegatte den Tod verursacht oder den Verstorbenen durch gewaltsame Mittel zu klagen verhindert hat; so können sie auf Herausgabe des ganzen Vermögens ihres Erblassers klagen. Die Absonderung erfolgt in beiden Fällen so als wenn der Verstorbene selbst Partei wäre; der schuldige Ehegatte hat gar kein Anrecht an den Nachlaß [15]). 3. Eine Abfindung aus dem Vermögen des Schuldigen können die Erben des unschuldigen Theils nur alsdann fordern, wenn dieselbe dem Erblasser bei seinem Leben bereits zuerkannt war und das Urtel vor oder nach seinem Tode rechtskräftig oder bestätigt wird [16]). Man hat angenommen, daß unter den Worten: „wenn dieselbe — bereits zuerkannt war," auch der Fall mit begriffen sei, wenn auf Trennung der Ehe und auf Scheidungsstrafe für den unschuldigen

---

ist. Vergl. hierüber das Pr. 1753, vom 29. Mai 1846 (Entsch. XIII, 310) Eine Ausnahme gilt nur bei dem Ableben des Mannes, zu Gunsten der Erben wenn er so wenig Vermögen nachläßt, daß die Verpflegungsgelder die Hälfte des Ertrags vom ganzen Nachlasse übersteigen. §§. 806—808.

12) §§. 809, 810 a. a. O.

13) §. 823 das. Dabei ist der Antrag des Unschuldigen vorausgesetzt, da ihm der Erlaß seiner Privatstrafe freisteht. Auch nach der heutigen Gerichtsverfassung gehört diese Strafsache vor das Ehegericht.

14) §. 824 d. T.

15) §§. 827—829 d. T. Des fehlenden Sühneversuchs ungeachtet kann der Scheidungsprozeß von den Erben des verstorbenen Ehegatten fortgesetzt werden, wenn nur der ernstliche Wille desselben, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen, konstirt. Pr. 87, vom 27. April 1835. Dieser Satz ist bei der bestimmten Fassung des §. 827 d. T. zweifelhaft.

16) §. 830 d. T. S. die folgende Note.

Theil erkannt, die Publikation (Insinuation) des Urtels aber auf ein Jahr ausgesetzt worden ist, und hinterher der unschuldige Theil noch vor Publikation des Urtels verstorben ist[17]). Bei vorwaltender Gütergemeinschaft haben aber die Erben des unschuldigen Theils in allen Fällen die dem Erblasser selbst zugestandene Wahl[18]). Ist statt der Abfindung auf Verpflegungsgelder erkannt, so haben die Erben nur den bis zum Ableben des Erblassers etwa verbliebenen Rückstand zu fordern[19]). — Stirbt der schuldige Ehegatte vor rechtskräftig entschiedenem Prozesse, so sind alle seine letztwillige Verfügungen, soweit sie auf Schmälerung des dem Unschuldigen zukommenden Erbtheils abzielen, unkräftig[20]). VI. Für die Kinder aus der geschiedenen Ehe ist eine besondere Vorsorge getroffen. Aus dem Vermögen des Schuldigen, oder wenn Beide gleich schuldig sind, aus Beider Vermögen soll den Kindern ihr Pflichttheil ausgesetzt werden, doch nicht von Amts wegen, sondern auf besondern Antrag des unschuldigen Theils oder des den Kindern zu bestellenden Vormundes, und wenn Verdacht der Verschwendung da ist. Der ausgemittelte Pflichttheil ist sogleich Eigenthum der Kinder, die Verwaltung und den Nießbrauch behält lebenslang Derjenige, aus dessen Vermögen der Pflichttheil kommt. Sicherstellung dafür kann nur in den Fällen gefordert werden, wo der Vater das Vermögen seiner Kinder sicher zu stellen schuldig ist; dieses ausgesetzte Erbtheil hat jedoch auch in dem Vermögen der Mutter das Vorrecht der Vierten (jetzt Dritten) Klasse[21]). Für diesen Theil des Vermögens der Kinder ist eine besondere Erbfolge vorgeschrieben. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, so sind die Geschwister und deren Abkömmlinge berufen; sind dergleichen nicht vorhanden, so folgt der Aussetzende allein, der andere Theil der geschiedenen Eltern und wol auch dessen Ascendenten sind ausgeschlossen[22]).

---

17) Pr. 2085, vom 18. Decbr. 1848. Der Satz ist aber unrichtig, denn bei öffentlich-mündlichem Verfahren ist noch nicht erkannt, so lange das Urtel noch nicht ausgesprochen (publicirt) ist; die Sache ist in solchem Falle vertagt.

18) §. 831 d. T. Vergl. oben §. 860 a. E. und die Note 8a das.

19) §. 832 d. T. Nämlich wenn der Verstorbene schon gewählt hatte.

20) §. 833 d. T.

21) II, 2, §§. 457—480. — Anh. z. A. L. R. §§. 92, 93.

22) §§. 467, 468 d. T. Folgerecht müßte ihnen also wol selbst der Fiskus vorgehen, was schwerlich gemeint sein wird.

§. 763b.

3. Auseinandersetzung wegen des Vermögens.

Die in Ermangelung außergerichtlicher Einigung in Antrag zu bringende gerichtliche Auseinandersetzung ist ein prozessualisches Verfahren, welches vor den persönlichen Richter des Mannes gehört[1]). Hinsichtlich der dabei anzuwendenden Grundsätze sind die beiden Hauptfälle zu unterscheiden: wenn kein Theil für den schuldigen erklärt worden; und wenn ein Theil für schuldig erkannt worden ist. I. Ist keinem Theile die Schuld beigemessen und hat keine Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten bestanden; so erfolgt die Auseinandersetzung nach den bei der Trennung der Ehe durch den Tod vorgeschriebenen Grundsätzen, mit dem Unterschiede, daß die dem Ueberlebenden gestattete Wahl: die nach einem gewissen Anschlage eingebrachten Mobilien und die eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten entweder in Natur zurückzugeben, oder zu behalten und den Werth zu bezahlen, wegfällt, so daß die Frau die noch vorhandenen Stücke immer in Natur zurücknimmt[2]). Soll für fehlende Mobiliarstücke ein Ersatz gefordert werden können, so muß dem Manne hinsichtlich ihres Defekts eine solche Schuld beizumessen sein, welche einen Nießbraucher verantwortlich macht. Bei eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten hat der Mann sogar die Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers[3]). Hochzeitsgeschenke, welche, weil sie nicht ausdrücklich dem Einen oder dem Andern bei der Schenkung zugedacht worden sind, für gemeinschaftlich gelten, werden getheilt[4]). Bei stattgehabter Gütergemeinschaft nimmt ein Jeder das Eingebrachte zurück, und was dann noch übrig bleibt, wird als gemeinschaftlicher Gegenstand getheilt, mag derselbe in Aktivvermögen oder in Schulden bestehen (§. 760, II); nur fallen die durch Schuld des Einen oder des Andern verursachten Schulden dem Schuldigen allein zur

---

1) A. L. R. §. 744 d. T.; Prozeßordnung, Tit. 46.

2) A. L. R. a. a. O. §§. 751, 752, 564—584.

3) Ebend. §. 753. Der Grundsatz ist singulair; warum hier nicht auch die Grundsätze vom Nießbrauche angewendet werden können, ist unfindbar.

4) §. 754 a. a. O. Nachträgliche Erklärungen der Geber nach geschlossener Ehe sind wirkungslos.

Last [5]). II. Ist die Scheidung [6]) unter Schuldigerklärung des einen Theils ausgesprochen; so sind die beiden gewöhnlichen Güterverhältnisse zu unterscheiden. 1. Hat keine Gütergemeinschaft stattgefunden, so endet der Nießbrauch des Mannes immer mit dem Tage der Publikation des erstinstanzlichen Scheidungsurtels, soweit es dem schuldigen Theile nachtheilig ist [7]). Ist der Mann der schuldige Theil, so kann die Frau die Verwaltung ihres Grundstücks entweder selbst übernehmen oder auf Kosten des Mannes durch einen gemeinschaftlichen Verwalter bis zu Ende des Wirthschaftsjahres führen lassen. Der unschuldige Theil kann a) die empfangenen Brautgeschenke behalten und die gegebenen, so weit sie noch vorhanden sind, zurückfordern; b) die während der Ehe gemachten Schenkungen widerrufen, c) und, wenn es der Mann ist, die versprochene Morgengabe behalten, die bereits gegebene aber zurückfordern. Die Hochzeitsgeschenke, die nicht dem Einen vom Geber ausdrücklich zugedacht worden, sind auch in diesem Falle gemeinschaftlich. Von dem hiernach ausgemittelten Vermögen des Schuldigen erhält der Unschuldige die Ehescheidungsstrafe. Zu deren Berechnung werden die Mobilien, Grundstücke und Gerechtigkeiten gerichtlich taxirt und von der Aktivmasse werden nur die Schulden abgezogen, welche am Tage der angemeldeten Scheidungsklage vorhanden waren [8]). Besteht ein Erbvertrag unter den Parteien; so kommt es darauf an: ob Kinder vorhanden sind oder nicht. Im letztern Falle hat der Unschuldige die Wahl zwischen den vertragsmäßigen Vortheilen und jener Abfindung, doch soll dem Schuldigen nie mehr als die Hälfte der Substanz oder des Nießbrauchs seines Vermögens genommen werden. Sind Kinder vorhanden, so muß der Unschuldige sich mit der geringern von beiden Abfindungen begnügen [9]). Die Frau kann statt der Abfindung standesmäßigen Unterhalt bis an an ihren Tod fordern, auch dann noch, wenn bereits auf die Abfindung rechtskräftig er-

---

5) §. 755 u. f. a. a. O. Den Gläubigern bleiben selbstverstanden ihre Rechte, sich an die Gemeinschaft zu halten, unbeschränkt. §. 758, 661.

6) Auf die Fälle, wo Ehen für nichtig erklärt werden, finden diese Grundsätze niemals Anwendung. Pr. des Ober-Trib. 1522, vom 3. Januar 1845.

7) §. 769, 770 a. a. O. In dem Falle I ist der Tag der rechtskräftig gewordenen Scheidung entscheidend.

8) §. 783—790 a. a. O. In keinem Falle kann öffentliche Feilbietung verlangt werden.

9) §. 792—797 a. a. O.

kannt worden ist; die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache steht ihr nicht entgegen[10]), nicht aber kann sie von der Wahl der Verpflegungsgelder wieder abgehen und die Abfindung fordern, ausgenommen, wenn zur Zeit der Auseinandersetzung Einschränkungen auf dem Vermögen des Mannes haften, die ihrer Natur nach vorübergehend sind und in der Folge wirklich wegfallen[11]). Auf die festgesetzten Verpflegungsgelder werden ihr aber die Einkünfte von dem zurückgenommenen eingebrachten, nicht aber von dem vorbehaltenen Vermögen angerechnet[12]). Eine Heruntersetzung der Alimente auf die Hälfte, oder nach der Wahl der Frau die Auszahlung der Abfindung findet statt, wenn der Mann stirbt und nur so wenig hinterläßt, daß die Alimente die Hälfte des Ertrages des Nachlasses übersteigen[13]). Auch der unschuldige Mann kann von der schuldigen Frau Alimente statt Abfindung dann fordern, wenn er durch Unglücksfall verhindert ist, sich seinen Unterhalt zu verdienen[14]). 2. Haben die Eheleute in Gütergemeinschaft gelebt, so hat der Unschuldige die Wahl zwischen der Vermögenshälfte, oder der Abfindung aus dem ausgesonderten Vermögen des Schuldigen[15]). S. o. §. 760, II.

Zweiter Abschnitt.

Eheähnliche Verhältnisse.

I. Ehe zur linken Hand.

A. L. R. II, 1, §§. 835—932. — Weber, von dem matrimonio ad morganaticam; im Handbuche des Lehnrechts, Bd. III, S. 219 flg. — Barth, de concubinatus et matrimonii ad morganaticam differentia et convenientia. Argent., 1733. — Willenberg, de matrimonio ad morganaticam; in Select. jur. matrim. p. 379 sq.

---

10) §. 798 ebenda. Pr. des Ober-Trib. 687, vom 7. Juni 1839.

11) §. 804 a. a. O. Pr. des Ober-Trib. 361, vom 31. Oktbr. 1837.

12) §. 801 ebd. Pr. des Otr. 1168, vom 29. Juni 1842.

13) §. 806—808 a. a. O.

14) §. 809, 810 a. a. O.

15) §. 811—822 ebenda. Die Provokation auf Absonderung muß durch Auflegung eines Inventars von dem zur Zeit der Ehetrennung vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögen, oder durch Antrag gegen den Mann auf Vorlegung eines solchen Inventars begründet werden. Pr. des Obertr. 1952, vom 20. Dezbr. 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 233).

§. 764.

1. Begriff und Eingehung.

I. Diese Art Ehe gilt zwar kirchlich für eine wirkliche Ehe, ist jedoch in der That nur eine bürgerlich anerkannte und geschützte Geschlechtsgemeinschaft zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, mit gewissen der Frau vertragsmäßig zugestandenen Vermögensberechtigungen. Aber die Wesenheit der wahren Ehe, nämlich die ungetheilte Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse, fehlt: die Frau ist nicht die Lebensgefährtin des Mannes, sie hat nicht seinen Namen, nicht seinen Stand, nicht seine Ehre, ist kein Glied seiner Familie [1]), sie theilt nicht seine Schicksale, kurz sie ist nicht mit ihm Eins. Das Institut ist eine neue Erfindung, nachgebildet dem, unsern Sitten gar nicht entsprechenden, „Konkubinat bei den alten Römern sowohl als bei unsern deutschen Vorfahren", um als schickliches Mittel zu dienen, dem Maitressenhalten entgegen zu arbeiten und „der aus dem Luxus entspringenden Ehelosigkeit abzuhelfen [2])." Diese Einrichtung hat jedoch keinen Beifall und es besteht im ganzen Lande gegenwärtig vielleicht nicht eine einzige Ehe zur linken Hand [3]). II. Die Ehe zur linken Hand ist eine bloße Gnadensache: sie kann nur mit Erlaubniß des Landesherrn geschlossen werden [4]); wird ohne dieselbe die Ehe vollzogen, so ist eine wahre Ehe eingegangen [5]). Es ist zwar vorgeschrieben, daß die Ehe zur linken Hand nur bei Männern von höherm Stande, in außerordentlichen Fällen und aus erheblichen Gründen, nachgesucht werden solle, und es werden gewisse Fälle als erhebliche Gründe bezeichnet [6]), doch sind diese Bestimmungen eben=

---

1) II, 1, §. 835.

2) Anmerkung im Entw. z. Allg. G. B., Th. I, Abth. 1, S. 128.

3) Nach einer Nachricht, welche der Revisor in den Motiven zu diesem Abschnitte (S. 454 flg.) giebt, ist seit der Einführung des A. L. R. nur Eine solche Ehe im J. 1818 bewilligt, und ein zweites Gesuch um Bewilligung i. J. 1826 abgeschlagen worden. 1850 hat ein Prinz eine solche Ehe geschlossen.

4) II, 1, §. 836. Ist erst bei der Umarbeitung des Entwurfs beliebt worden, wie es schon das alte Recht in der Konstitution von Ehesachen, vom 15. Dezbr. 1694, Nr. 13 bestimmte.

5) S. die eben gedachte Konstitution, Nr. 13.

6) §§. 837—841 a. a. O.

so wie die Frage: ob unter standesgleichen Personen diese Ehe stattfinde, ganz unerheblich, weil die Zulässigkeit nicht Rechtssache sondern Gnadensache ist. Uebrigens gelten die bei der wahren Ehe anerkannten Ehehindernisse, mit Ausnahme der Standesungleichheit und daß die Einwilligung der Eltern und Vormünder nicht durch den Richter ergänzt werden kann [7]). Die Vollziehung der Ehe geschieht durch Verlautbarung des Ehekontrakts vor dem Gerichte erster Instanz oder dessen Kommissario, in Form des Handschlages, durch welchen die Verlobten die Festhaltung des Vertrags angeloben; und durch die hiernächst und nach vorherigem Aufgebote erfolgende priesterliche Trauung an die linke Hand [8]).

§. 765.

2. Rechte in dieser Ehe.

I. Die persönlichen Rechte sind im Allgemeinen die in der rechten Ehe, doch mit der erheblichen Abweichung, daß die Frau weder den Namen noch den Stand und Rang des Mannes erlangt, nicht in dessen Rechte oder Familie tritt und sich nicht dessen Titels und Wappens bedienen darf, sondern ihren bisherigen Stand und Namen behält und, wenn sie Wittwe war, ihren Geschlechtsnamen wieder annehmen muß; doch soll sie den Gerichtsstand des Mannes haben [9]). II. In Ansehung des Vermögens wird die Frau, im Verhältnisse zu Fremden, wie eine Unverheirathete betrachtet; nur wenn sie sich für den Mann verbürgen will, muß die Form der Bürgschaft einer wahren Ehefrau für ihren Mann beobachtet werden [10]). An dem Vermögen der Frau hat der Mann gar kein Recht; Gütergemeinschaft kann auch durch Vertrag nicht eingeführt werden; was der Mann in Gebrauch oder Verwaltung erhält oder was er sich anmaßt, kann

---

7) §§. 842—845 das.

8) §§. 846—861 a. a. O. Die V. vom 2. Januar 1849 übergeht diesen Fall; grundsätzlich aber muß die Vollziehung der Ehe vor dem Gerichte erster Instanz erfolgen. Die Trauung wollte man anfangs nicht für einen bürgerlich nothwendigen Akt erklären, sondern ihn in die Willkühr der Parteien stellen. Entwurf, Th. I, Abth. 1, §. 626.

9) §§. 862—872 d. T.

10) §§. 891, 892 a. a. O.

noch in stehender Ehe zurückgefordert werden, und hinsichtlich abgenutzter oder verbrauchter beweglicher Sachen wird er als Leiher angesehen. Im Konkurse hat die Frau das Vorrecht der Fünften (jetzt Vierten) Klasse[11]). Geschenke unter diesen Eheleuten sind nichtig, wenn der Geber andere Abkömmlinge als aus dieser Ehe hat; durch Abgang derselben werden dergleichen nichtige Geschenke nicht gültig. Gültige Geschenke des Mannes fallen an ihn zurück, wenn sie bei dem Tode der Frau noch vorhanden sind und die Frau keine Kinder von dem Manne nachläßt; nur Kleider, Wäsche und was sonst zum standesmäßigen Unterhalte gegeben worden ist, verbleibt den Erben[12]).

§. 766.

3. Auflösung.

Das Verhältniß wird aufgelöst: 1. durch den Tod eines Theils[13]); 2. durch Verwandlung in eine rechte Ehe, welche nur mit landesherrlicher Erlaubniß möglich und durch Erklärung vor dem Gerichte erster Instanz oder dessen Kommissarius vollzogen wird[14]); 3. durch richterliche Scheidung in denselben Fällen, in welchen die rechte Ehe getrennt werden kann[15]). Die Wirkung ist: a) wenn die Frau der schuldige Theil ist, daß sie die vertragsmäßige Abfindung verliert und die vom Manne erhaltenen Braut- so wie die während der Ehe gültig gemachten Geschenke, mit Ausnahme der Kleider, Wäsche und anderer Lebensbedürfnisse, zurückgeben muß; b) wenn der Mann der Schuldige ist, daß der Frau eine nach dem Ermessen des Richters bis auf das Doppelte der vertragsmäßigen Summe zu bestimmende Abfindung zugesprochen wird; c) wenn Keinem ein Uebergewicht der Schuld zur Last fällt, daß die Frau die Geschenke behält und die Abfindung nach dem Vertrage erhält.

---

11) §§. 873—882 das.
12) §§. 883—890 a. a. O.
13) §§. 893—908 das.
14) §§. 909—918 das. S. oben die Note 8.
15) §§. 919—921 a. a. O.

§. 767.

II. Gewissensehe, Konkubinat und Schwächung.

A. L. R. II, 1, §§. 1015—1119. — Gett, die Rechtsverhältnisse der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, so wie der unehelichen Kinder, nach gemeinem, baierischem, österreichischem, preußischem und französischem Rechte. München, 1836. — Busch, theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer, und der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger, aus dem Gesichtspunkte des gemeinen bürgerlichen Rechts betrachtet. Nebst einem Anhange, enthaltend die hierüber bestehenden Verordnungen. Ilmenau, 1828.

I. Gewissensehe heißt die Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, welche ohne die kirchliche oder bürgerliche Feierlichkeit eingegangen ist und sich sonst von der rechten Ehe, hinsichtlich der Absicht und der Willenserklärung der Parteien, nicht unterscheidet. Sie gilt vor dem Rechte nur als ein thatsächliches Verhältniß, wodurch keine Rechte begründet werden. II. Der Konkubinat entspricht, nach der Absicht der Parteien, wesentlich der Ehe zur linken Hand, von welcher er sich auch nur in der Form der Eingehung und Auflösung, in der Alimentationspflicht des Mannes und dem Gerichtsstande der Frau unterscheidet. — Beide Verhältnisse werden nach unsern Ansichten für unsittlich gehalten und gemißbilligt, aber polizeilich geduldet, wenn dadurch kein öffentliches Aergerniß veranlaßt wird, d. h. wenn kein Eheverbot einer Ehe dieser Personen entgegensteht [1]. Die aus diesen Verhältnissen entsprossenen Kinder stehen andern unehelichen Kindern (den spuriis und vulgo quaesitis) ganz gleich. III. Die Schwächung (stuprum) ist eine Geschlechtsvereinigung für eine einzelne Handlung (§. 747 Note 12) und unterscheidet sich von dem Konkubinate durch das fortdauernde Verhältniß der Geschlechtsgemeinschaft, worin derselbe besteht. Bei den landrechtlichen Bestimmungen über die Folgen des außerehelichen Beischlafs

---

1) R. des Min. d. J. u. d. P., v. 17. Juni 1822 (v. K. Annal. VI, S. 145). — R. ders. M. vom 18. April 1825 (v. K. Annal. IX, S. 417). — R. vom 22. Januar 1826 (Ebd. X, S. 118). — R. v. 28. Juni 1833 (Ebd. Bd. XVII, S. 460). Der §. 112 Tit. 11, Th. II des A. L. R., aus welchem man die Befugniß zur polizeilichen Störung des Zusammenlebens hat hernehmen wollen, ist auf Konkubinate nicht anwendbar.

ist die Absicht leitend gewesen, die auf der unehelichen Geburt ruhende Schande und den Reiz zum Kindermorde, soviel wie möglich, zu beseitigen[2]). Grundsatz ist: nur der befruchtende Beischlaf begründet ein rechtliches Verhältniß zwischen beiden Theilen[3]), welchen eine Willensübereinstimmung (Vertrag) zum Grunde liegt, und daher nicht einer aus einer Rechtsverletzung (unerlaubten Handlung) hervorgegangenen Verbindlichkeit gleich zu achten ist[3a]). Weil der Vertrag über eine Unsittlichkeit geschlossen ist, sollte er, nach der Regel, für keinen Theil Rechte zur Folge haben, es ist hier jedoch, aus der gedachten Rücksicht, eine Ausnahme zum Vortheile der Weibsperson gemacht worden. In diesem Sinne wird der uneheliche Beischlaf auch als eine unerlaubte Handlung in weiterer Bedeutung bezeichnet (Note 3a). Es werden vier Fälle unterschieden: 1. Der erste Fall ist, wo wegen der Schändlichkeit der Handlung von Seiten der Weibsperson gar keine Verbindlichkeit entsteht. In diesem Falle sind solche Weibspersonen, welche sich in Hurenhäusern aufhalten oder sich sonst gegen Bezahlung Preis geben; ferner Eheweiber, welche bei ihrem Manne leben und sich Andern überlassen; und Frauenspersonen, welche die Mannsperson zum Beischlafe verführt haben, doch sollen diese letzteren ausnahmsweise die Kosten der Niederkunft, der Taufe und der Wochen insoweit, als sie selbst solche zu bestreiten unvermögend sind, von dem Manne fordern dürfen[4]). 2. Der zweite Fall ist, wo die Verbindlichkeit des Mannes nur auf die Niederkunfts-, Tauf- und Sechswochenkosten, Kur- und Beerdigungskosten für die in den Wochen sterbende Frauensperson geht. Damit müssen sich zufriedenstellen: solche, die vorhin schon außerehelich von einem Andern[4a]) als dem jetzigen Schwängerer geschwängert worden; Ehefrauen, die von ihren Männern getrennt leben; solche Weibspersonen, die sich vormals in Huren-

---

2) Anmerkung im Entw. z. G. B. Th. I, Abth. 1, S. 149. Im G. B. ist die Fassung etwas anders (§§. 1047—1076); die Verschiedenheit ist aber nicht bedeutend.

3) II, 1, §§. 1015, 1032, 1077, 1078.

3a) S. o. §. 731 a. E. — Entscheidungen des Obertribunals Bd. XIII, S. 514. Vergl. I, 3, §. 37, wo Abschn. 11 statt 10 zu lesen ist.

4) §§. 1025—1028 a. a. O. Erstattung der Auslagen haben sie nicht zu fordern, wenn sie solche aus eigenen Mitteln bestritten haben.

4a) S. u. Note 9, und Entscheidungen des Obertribunals, Bd. XIII, S. 305.

häusern aufgehalten haben oder wegen eines unzüchtigen Lebenswandels berüchtigt sind [5]), oder welche nach der Schwängerung mit Andern zuhalten (Note 9). Für diese Entschädigung ist in Beziehung auf aktive Unteroffiziere und Soldaten eine Taxe von 1 Thlr. 10 Sgr. bis 2 Thlrn. bestimmt, welcher Betrag jedoch auch nicht von dem Solde abgezogen werden darf [6]). Tritt nach erfolgter Schwängerung eine Standesveränderung ein, so kommt es auf den Stand zu der Zeit an, wo das Verhältniß begründet worden ist, also zur Zeit des befruchtenden Beischlafs; die einmal entstandene Verbindlichkeit wird durch die spätere Standesveränderung nicht erweitert oder vermindert [7]). 3. Der dritte Fall ist, wo der Schwängerer, außer diesen Kosten, zur Entrichtung einer, nach dem Stande der Geschwächten und nach Verhältniß seines Vermögens durch richterliches Ermessen zu bestimmenden, Ausstattung verbunden ist, wenn er die Geschwächte nicht heirathen [8]) will oder kann. Läßt sie sich einen Treubruch gegen den Schwängerer zu Schulden kommen, hält sie insbesondere nach dem befruchtenden Beischlafe mit einem Andern zu oder hat sie sich in einen solchen unerlaubten Umgang eingelassen, wodurch ein dringender Verdacht der verletzten Keuschheit begründet wird, oder verschmäht sie den sich zur Ehe bereit erklärenden Schwängerer ohne gültigen Grund, so hat sie keine Ausstattung zu fordern und ihr Anspruch vermindert sich auf die geringste Art der Entschädigung (die Kosten) [9]). In diesem Falle befinden sich unbescholtene [10])

---

5) §§. 1016—1023, 1029—1031 a. a. O.

6) Anh. z. A. L. R. §. 83 (zu §. 1015 d. T.). Eskadron- und Kompagnie-Chirurgen haben, wenn sie auch den Unteroffizieren dem Range nach gleichstehen, auf die den Letzteren in Schwängerungs- und Alimenten-Sachen beigelegten Vergünstigungen keinen Anspruch. Pr. des Obertr. 1443, v. 10. Mai 1844.

7) Vergl. das Pr. des Obertr. 2231, v. 13. Sept. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 280) u. o. §. 40, Note 23 u. 25a. — Anders ist es mit dem Betrage der Alimente des Kindes, der sich nach dem Bedürfnisse erhöhen kann. Vergl. o. §. 597. — Schmidt Familienrecht, S. 606.

8) Mehr kann sie nicht verlangen; sie muß sich deshalb so aufführen, daß sie dem Schwängerer keinen zureichenden Grund giebt, sie zu verlassen. S. die folgende Note.

9) §§. 1024 u. 1079 d. T. — Pr. des Obertr. 1743, v. 30. April 1846 (Entsch. XIII, S. 318).

10) Darunter werden alle diejenigen verstanden, welche nicht zu den in den §§. 1025—1031 (1037—1043) d. T. gehören. Pr. des Obertrib. 88, vom 28. April 1835. Einer Person, welche schon ein oder mehrere Mal, aber von demselben Manne, außerehelich geboren hat, kann dieser den Vorwurf der Bescholtenheit nicht machen. Präj. des Obertrib. 1744, vom 24. April 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 304). Ebenso wenig ist eine Frauensperson, die mit dem Schwän-

ledige Frauenspersonen, Wittwen und solche geschiedene Frauen, die nicht wegen ihnen zur Last gelegten Ehebruchs geschieden worden sind [11]). 4. Der vierte Fall verbindet den Mann, die Geschwächte, wenn keine ihr bekannt gewesene Ehehindernisse entgegenstehen, zu heirathen oder ihr eine Ehescheidungsstrafe zu zahlen und sich gefallen zu lassen, daß ihr Namen, Rang und Stand seiner schuldlos geschiedenen Ehefrau beigelegt werden. In diesem Falle befinden sich Frauenspersonen, welchen von dem Schwängerer vor dem befruchtenden Beischlafe die Ehe ausdrücklich versprochen worden ist [12]) und welche dann ein lebendiges Kind zur Welt bringen, das 24 Stunden überlebt [13]). Hat die Geschwächte das Ehehinderniß gekannt, oder tritt die Bedingung in Betreff des Lebens des Kindes nicht ein, so kommt die Geschwächte in den dritten Fall [14]). In dem vierten Falle sind ferner Diejenigen, welche genothzüchtigt worden und dadurch geschwängert sind; die Geschwächte kann die Ehe mit dem Beschädiger ausschlagen und die höchste Ehescheidungsstrafe fordern [15]). Die Klage auf Beilegung der Rechte einer geschiedenen Ehefrau erlischt mit dem Tode des Schwängerers, aber der Anspruch auf Ausstattung kann auch in diesem Falle gegen die Erben geltend gemacht werden [16]). Zum Beweise der Befruchtung dient die Vermuthung der Vaterschaft, wenn die Niederkunft zwischen dem 210ten und 285sten Tage nach dem Beischlafe erfolgt ist [17]). Die

---

gerer lebt und schon vorher von ihm geboren hat, ihm gegenüber bescholten. Hierauf bezieht sich der §. 1084 d. T.

11) §§. 1032—1034, 1160—1163, 1065—1076 d. T.

12) §§. 1035—1053 d. T. — Pr. des Obertr. 892, v. 3. August 1840 (Entsch. X, 382). Daß dem allerersten (nicht befruchtenden) Beischlafe das Versprechen voraufgegangen sei, ist nicht erforderlich. Pr. 1551, v. 29. März 1845. Es braucht auch nicht unmittelbar vorher geschehen zu sein. Pr. 1003, vom 26. April 1841.

13) §§. 1062 u. 1063 d. T. „Dadurch hofft man, die — Weibspersonen desto mehr zu engagiren, daß sie für die Conservation des Kindes — möglichst sorgen" Suarez, amtliche Vorträge, S. 131. — S. o. §. 747, II, b.

14) §§. 1062, 1063, 1068 d. T. Der Hauptzweck des Gesetzes ist dann weggefallen.

15) §§. 1115, 1116 d. T. Die Geburt eines lebenden Kindes wird hier nicht gefordert.

16) §. 1089 d. T. — Pr. des Obertr. 1827, v. 1. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIII, S. 303).

17) §. 1077 d. T. Der Tag des Beischlafs wird nicht mitgezählt. Pr. 772, v. 23. Nov. 1839. Diese Zeit weicht von der hinsichtlich ehelicher Kinder angenommenen (210—302) bedeutend ab, II, 2, §. 2.— S. u. §. 770, II. Als

exceptio plurium constupratorum widerlegt die Vermuthung der Befruchtung nicht, hat aber Einfluß auf den Inhalt der Forderung [18]). — Die ganze Klage der Geschwächten aus der Schwängerung verjährt in zwei Jahren nach der Niederkunft, doch wird die Verjährung durch die Veränderung des bisherigen Aufenthaltsorts des Schwängerers so lange unterbrochen, als der Geschwächten der nachherige Aufenthalt, ohne ihre eigene Schuld wegen versäumter Nachforschung, nicht bekannt geworden ist [19]).

Zweites Kapitel.

Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Erster Abschnitt.

Bei ehelichen Kindern.

A. L. R. II, 2. — Polyc. **Leyser** de patria potestate in germania ignorata; in opusc. no. 11. — **Thomasius**, de usu practico tituli Institutionum de patria potestate, Halae, 1712. — **Hommel**, de usu hodierno patriae potest. in foris german., Lips., 1732. — **Renz**, mixtura jur. rom. et german. in materia patriae potest. conspic., Stuttgart, 1735. — **Leyser**, Medit. ad Pand. sp. 17. — **G. C. Gebauer**, D. I et II de patria potestate, Gött., 1751; et Vestig. jur. Germ. antiq. no. 14. — **Globig**, über die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt. Dresden, 1789. — **Rosier van Wartum**, de potestate in liberos parentibus competente, Groning., 1794.

Grund davon ist angegeben, daß dem Staate daran gelegen sei, die Geburt und den Stand seiner künftigen Bürger zu sichern. Anm. im Entw. Th. I, Abth. 1, S. 161.

18) S. o. unter Nr. 3 und die Note 9; auch §. 747, IV, 2, c.

19) §§. 1083—1086 d. T. Pr. des Obertr. 2164, I, v. 28. Dezbr. 1849. Diese Unterbrechung der Verjährung soll, nach demselben Pr. No. II, dann, wenn der Schwängerer im Lande bleibt, niemals, sondern nur in dem Falle eintreten, wenn er ins Ausland gegangen ist, weil außerdem die Geschwächte den Aufenthalt nicht zu kennen brauche, um die Verjährung durch Klage zu unterbrechen, da die Klage in dem Gerichtsstande, welchen der Schwängerer zur Zeit der Schwängerung hatte, angebracht werden könne. Entsch. Bd. XIX, S. 244. Recht schön, nur Schade, daß nach dieser Deutung die Vorschrift lediglich für das Ausland gegeben sein würde, wo man die Pr. Gesetze nicht respektirt. Denn für Klagen im Inlande kann darnach kein Fall der Anwendung vorkommen, da persönliche Klagen gegen Personen, die hier keinen Wohnsitz haben und sich auch hier nicht aufhalten, bei hiesigen Gerichten nicht angebracht werden können. Also würde nur das ausländische Gericht, bei welchem später nach entdecktem Aufenthalte geklagt würde, die Vorschrift anwenden sollen.

§. 768.

I. Bedeutung der elterlichen Gewalt.

Väterliche Gewalt heißt der Inbegriff der Rechte des Mannes in seiner Familie. Die Römische väterliche Gewalt ist eine Herrschaft, eine Bothmäßigkeit, in welcher der Unterworfene, dem Gebieter gegenüber, rechtlos ist und sich unbedingt dem souverainen Willen desselben fügen muß. Die Mutter, auch in der freien Ehe, hat neben diesem Gewalthaber nichts zu bedeuten, ihr stehen die Kinder ganz gleich. Das deutsche Mundium dagegen ist ein Schutzverhältniß, in welchem der Schützling, dem Schutzherrn gegenüber, auch eine Person ist, die ihr Recht hat. Dieses Verhältniß ist es, in welchem in der Familie die Kinder zu dem Vater stehen. Nebem dem Vater hat die Mutter, als dessen Lebensgefährtin, Theil an den Kindern und an dem Hausregimente vermöge der ihr zustehenden Schlüsselgewalt, sie handhabt nächst dem Manne die Ordnung und Zucht im Hause, hat mithin Ehrerbietung und Gehorsam von Kindern und Gesinde zu fordern. Dieser Rechtsstand ist zwar durch die Dazwischenkunft des strengen R. R. gestört, aber doch nicht ganz verdrängt worden: der Charakter der landrechtlichen Bestimmungen über das fragliche Verhältniß ist wesentlich deutschrechtlich. Das Pr. R. kennt eine väterliche Gewalt und eine beiden Eltern zustehende elterliche Zucht. I. Die väterliche Gewalt ist wesentlich eine Vormundschaft [1]), die sich von der künstlichen Vormundschaft nur praktisch in der geringeren Wirksamkeit der staatsobrigkeitlichen Obervormundschaft und in der mit der Verwaltung zugleich verbundenen Nutznießung des Vermögens der Kinder unterscheidet. Vermöge dieser Vormundschaft ist der Vater befugt und verpflichtet, seine Kinder und Enkel aus unselbstständigen Kindern [1a]) zu schützen und deshalb von jedem Andern abzufordern, in und außer Gericht zu vertreten, ihr Vermögen zu verwalten und zu

---

1) Vergl. Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 389 flg.

1a) Es stehen somit auch minorenne Enkel von solchen verstorbenen Kindern, die der väterlichen Gewalt noch nicht entlassen waren, unter der natürlichen Vormundschaft des Großvaters. Anh. z. A. L. R. (II, 2, §. 614) §. 95. Doch gebührt ihm nicht der Nießbrauch von dem unfreien Vermögen der Enkel. Witte, Intestaterbrecht, S. 55.

nutzen, und ihre religiöse und bürgerliche Unterweisung und Erziehung, sowie die künftige Lebensart zu bestimmen[2]). In diesem Verhältnisse steht dem Vater das Kind als ein Rechtssubjekt gegenüber, welches vermöge der ehelichen Abstammung von ihm gleichartige Familienrechte hat und ihm standesgleich ist, in diesen seinen Zustandsrechten nicht von des Vaters Willkühr abhängt[3]), auch gegen die Uebergriffe des Vaters in den vormundschaftlichen Rechten von der aufsehenden Obervormundschaft des Staats geschützt wird[4]); die ältere Römische Ansicht über die Personeneinheit des Vaters und Sohnes hat somit keine Geltung und die Kinder erwerben folgerecht für sich[5]). II. Die elterliche Zucht gebührt beiden Eltern, so lange sie ungetrennt leben, und besteht in der Erziehung und dem damit verbundenen Züchtigungsrechte[6]), in der daraus folgenden Verbindlichkeit zur Bestreitung der dadurch entstehenden Kosten[7]), und in der Befugniß: Ehrfurcht, Gehorsam und häusliche Dienste von den Kindern zu fordern[8]).

II. Begründung elterlicher Verhältnisse.

§. 769.

1. Das Allgemeine.

Das Verhältniß zwischen Mutter und Kind wird in und außer der Ehe durch die Geburt und künstlich durch Adoption

---

2) II, 2, §§. 62, 74, 75, 109, 168. — Deklar. vom 21. Nov. 1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1931; Rabe, Bd. VI, S. 524). — K. O. v. 17. August 1825 (G. S. S. 221).

3) §§. 58—60 a. a. O.

4) §§. 90, 91, 72, 112—115, 170 das. Man bestellt in solchen Fällen den Kindern einen Kurator, vergißt aber dabei die Hauptsache, nämlich die Mittel zur bessern Erziehung.

5) §§. 124, 125 a. a. O. — S. o. §. 572. Schon nach Justinian. L. 6 C. de bon. quae lib. (VI, 61); §. 1 J. per quas pers. (II, 9).

6) §§. 86, 92—102 a. a. O. — Wem bei der Trennung die Erziehung der Kinder zu überlassen, hat nicht der Richter, sondern die Vormundschafts-Behörde zu bestimmen. §. 92 d. T. — Pr. 404, v. 15. Januar 1838.

7) §§. 64—73, 103—108 das.

8) §§. 61, 121—123 das. Die Verpflichtung zu häuslichen Diensten gilt nur von der Zeit, wo die Kinder unter väterlicher Gewalt stehen; nachher tritt jene Verpflichtung nur dann ein, wenn die Kinder von den Eltern noch ernährt werden müssen. Pr. 556, v. 13. Okt. 1838.

und Einkindschaft begründet. Die väterliche Gewalt oder das Verhältniß der Vaterschaft hingegen ist in seiner Vollkommenheit und mit allen rechtlichen Wirkungen nur durch eheliche Zeugung zu begründen. Die künstlichen Begründungsarten der Legitimation und Adoption sind zwar aus dem R. R. angenommen, geben aber nicht in allen rechtlichen Beziehungen Familienrechte. Das deutsche Institut der Einkindschaft hat nur eine besondere Beziehung.

2. Begründungsarten der väterlichen Gewalt.

§. 770.

a) Eheliche Geburt oder Zeugung.

I. Dieser Grund setzt eine gültige rechte Ehe voraus. 1. Kinder aus nichtigen Ehen haben, wenn der Nichtigkeitsgrund ein verbotener Verwandtschaftsgrad, Bigamie, Ehestörung und Religionsverschiedenheit ist und die Ehe für nichtig erklärt wird, gegen ihre unmittelbaren Eltern zwar alle Rechte der ehelichen, und unter sich die Rechte ehelicher Geschwister, aber sie treten nicht in die Familie des Vaters und führen den Geschlechtsnamen der Mutter; den Eltern, insofern sie wissentlich die nichtige Ehe geschlossen haben, stehen keine elterlichen Rechte gegen die Kinder zu, nur die Rechte der Pflegeeltern, d. i. die aus der Erziehung entspringenden Befugnisse haben sie, wenn sie die Kinder erziehen und verpflegen [1]). 2. Von Kindern aus ungültigen Ehen, welche wieder aufgehoben werden, gilt Ebendasselbe [2]). 3. Ist eine Ehe nur wegen mangelnden Konsenses des Militairobern, oder wegen Standesungleichheit nichtig, so haben die daraus entstandenen Kinder die Rechte der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand [3])

1) §§. 50—55 a. a. O.

2) §§. 57 das. Die Ungültigkeitserklärung sollte nicht zurückwirken.

3) §. 56 a. a. O. Diese Bestimmungen, wodurch der Unterschied zwischen putativen und nicht putativen Ehen in Beziehung auf die Kinder aufgehoben wird, weichen von dem G. R. bedeutend ab. L. 57, §. 1 D. de ritu nupt. (XXIII, 2); c. 2, 14 X. qui filii sint legitimi (IV, 17). Der Grund ist, daß ein Dritter (nämlich die Familie) sich nicht solle beschweren können. Suarez, Schlußvorträge, Jahrb. XLI, S. 134.

II. Welche Kinder eheliche sind, wird nicht bestimmt; statt dessen ist die Vermuthung angenommen, daß Kinder, die in einer Ehe erzeugt oder geboren worden, von dem Ehemanne abstammen[4]). 1. Gegen diese Vermuthung ist der Gegenbeweis zulässig, der jedoch nur auf die Thatsache gerichtet werden darf: daß in der Zeit zwischen dem 210ten bis zum 302ten Tage rückwärts von der Geburt keine eheliche Beiwohnung stattgefunden habe[5]). Das Zeugniß der Mutter ist dabei nicht zulässig[5a]); selbst der erwiesene Ehebruch der Frau in jener Zeit schwächt die Vermuthung nicht, und die Klage auf Grund dieser Thatsache muß (was ganz neu ist) binnen einem Jahre, nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes, Seitens des Ehemanns entweder angebracht oder doch durch seine Erklärung vor dem ordentlichen Gerichte des Orts, wo die Mutter mit dem Kinde wohnet, oder durch Zustellung dieser vor einem andern Gerichte abgegebenen Erklärung an Dasselbe, angemeldet werden[6]). 2. Diese Bestimmungen des A. L. R., nämlich die Annahme der Vermuthung und die Fassung einerseits, und die Thatsache oder besser die Fassung des Beweissatzes, durch dessen Beweis die Vermuthung soll widerlegt werden können, hat viele Zweifel veranlaßt und die Fassung ist allerdings dazu geeignet, Streit zu erregen. Die Ursache liegt daran, daß die Verfasser des A. L. R. zwei Sätze des R. R. nicht unterschieden haben. Denn daß sie hierbei an das R. R. gedacht und wesentlich Dasselbe gemeint haben, ist nach den Materialien außer Zweifel[7]). Das R. R. unterscheidet genau die rechtmäßige Zeugung als Grundlage und Erforderniß der väterlichen Gewalt von der Vermuthung der Vaterschaft zum Beweise jener Zeugung Das Recht der väterlichen Gewalt und der Legitimität des Kin-

---

4) §. 1 dies. Tit.

5) §. 2 das. Der Beweis kann auch durch Eidesdelation geführt werden. Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 5. Sept. 1842 (Bd. VIII, S. 73).

5a) Aus L. 29, §. 1 D. de probat. (XXII, 3).

6) §§. 5–8 a. a. O. Dieses Jahr ist eine wirkliche Verjährung (§. 149). Anderer M. ist das Ob. Trib. nach dem Plenarbeschluß vom 22. Januar 1844 (Entsch. Bd. IX, S. 45); die Gründe desselben passen aber auf die Verjährung einer jeden Präjudizialklage, so daß es im Zustandsrechte gar keine Klagverjährung geben würde.

7) Suarez sagt in der rev. monitorum: „der Satz: pater est quem justae nuptiae demonstrant, paßt so gut auf Kinder, die 24 Stunden, als die 6 Monate nach der Hochzeit geboren werden." (Ges.-Rev. Pens. XV, Mot. zu II, 2, §§. 1, 2, S. 5 ff.; u. Simon, Zeitschr. Bd. I, S. 397). Dabei liegt eine Verwechselung der beiden Sätze des R. R. zum Grunde.

des war ursprünglich durch die Zeugung des Kindes in der Ehe von dem Ehemanne bedingt[8]), also: nur diejenigen Kinder waren eheliche, welche die Frau von dem Ehemanne während der Ehe empfangen hatte. Dazu gehörte der Beweis, daß zwischen zwei bestimmten Personen eine rechte Ehe bestehe oder bestanden habe[8a]), daß das Kind von der Frau geboren worden, und daß der Ehemann während der Ehe der Erzeuger sei. Die beiden ersten Thatsachen sind leicht zu beweisen, die dritte aber ist unerweislich, und man ersetzte den Beweis durch die Regel: pater est quem nuptiae demonstrant[9]), die nur durch die absolute Unmöglichkeit widerlegt werden konnte[10]). Später wurde jener Grundsatz über die Ehelichkeit auch auf solche Kinder, welche in stehender Ehe geboren worden, ausgedehnt[11]); hierauf aber bezog sich die Vermuthung nicht und konnte sich nicht beziehen, weil sie auf der Möglichkeit beruhet, daß der Ehemann der Erzeuger sein könne[12]). Zum Beweise der Zeugung kann die Präsumtion handgreiflich nicht bei einem Kinde dienen, welches kurz nach der Hochzeit geboren wird. Deshalb mußte in dem Falle, wo die Ehelichkeit auf die spätere Ausdehnung des Grundsatzes gegründet wurde, die Thatsache der Zeugung durch den Ehemann von dem Kläger, wenn der Mann die Anerkennung versagte, bewiesen werden[13]). Bei der Abfassung des A. L. R. ist nun der Grundsatz über die Ehelichkeit ganz vergessen, wenigstens nicht ausgedrückt, und die

---

8) Pr. et §. 3 J. de patria potest (I, 9). — L. 3 D. de his qui sui (I, 6).

8a) Die gesetzliche Vermuthung der Erzeugung durch den Ehemann kommt bei Ehen, die als nichtig aufgehoben worden, den Kindern, welche in der Ehe geboren, aber nicht erzeugt worden, nicht zu statten. Pr. 1232, vom 28. November 1842.

9) Nicht justae nuptiae; die Regel gilt bei jeder Ehe. L. 5 D. de in jus vocando (II, 4). Die justae nuptiae bedingen nur die väterliche Gewalt.

10) L. 6 D. de his qui sui (I, 6).

11) L. 3, §. 1 D. de agnoscend. lib. (XXV, 3). — L. 11 C. de natural. lib. (V, 27).

12) Die modernen Gesetzgeber beachten den Umstand nicht, daß das Recht keine vernunftwidrige Fiktion oder Rechtsvermuthung kennt, d. h. daß nichts fingirt oder vermuthet wird, was nicht möglich ist. Daher findet sich im ganzen R. R. keine Regel, wonach ein Umstand vorausgesetzt oder angenommen würde, welcher nicht wirklich sein könnte. Dieselbe Bewandtniß hat es mit der Regel: pater est etc., welche mit dem Grundsatze: daß die Zeugung in der Ehe geschehen sein muß, in Verbindung steht und davon nicht zu trennen ist, sonst wird sie vernunftwidrig.

13) Nov. 117, c. 2. — Auth. si quis (V, 27).

Materialien ergeben auch nicht, daß man sich denselben, gehörig gesondert von der sich auf den Beweis einer Thatsache beziehenden Präsumtion, klar gedacht habe; bei der Präsumtion selbst aber hat man ihre eigentliche Beziehung mit der späteren Ausdehnung des Röm. Grundsatzes verwechselt. Daher fehlt es auch an einem Anfangspunkte (Konzeptionszeit) bei der Bestimmung der Ehelichkeit eines kurz nach der Hochzeit geborenen Kindes: was zur Rechtfertigung der Konzeptionszeit gesagt wird, paßt nur auf eine erst nach Auflösung der Ehe erfolgende Geburt. Bei alle Dem gestattet die Fassung doch eine sachgemäße Rechtsentwickelung, wenn die §§. 1 und 2 als sich wechselseitig ergänzend angesehen werden. Denn der §. 1 gründet die Vermuthung, „daß Kinder, die während der Ehe erzeugt oder geboren worden, von dem Manne erzeugt sind," und der §. 2 fügt bei: es könne diese Vermuthung nur dadurch widerlegt werden, daß der Mann überzeugend nachweise, „daß er der Frau in dem bestimmten Zwischenraume vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt habe." Selbstredend kann nun ein Mann, dessen Frau kurz nach der Hochzeit niederkommt, ihr in der Zeit der Empfängniß nicht ehelich beigewohnt haben, folglich ist die Vermuthung auf diesen Fall nicht anwendbar. Wollte man die Bestimmung nach dem, dem Sachverhältnisse vollkommen entsprechenden, Wortsinne verstehen, so stimmte das A. L. R. mit dem R. R. in der That überein. Der vorausgesetzte Grundsatz ist: ehelich ist das Kind, welches von dem Ehemanne vor oder nach der Hochzeit erzeugt ist. Was den Beweis der Erzeugung betrifft, so wird angenommen, daß der Ehemann der Erzeuger ist, wenn von der Zeit zwischen dem 210ten und dem 302ten Tage vor der Geburt auch nur ein Moment in die Ehe trifft; es wird aber der Gegenbeweis zugelassen. Liegt der ganze Zeitraum vor der Heirath, so ist das Anerkenntniß des Kindes Seitens des Mannes oder der Beweis der Vaterschaft erforderlich. Das ist das allein Richtige. Allein das Obertribunal hat durch Plenarbeschluß den Satz angenommen, daß die Vermuthung für die eheliche (?) Beiwohnung, d. h. für die Erzeugung durch den Ehemann eintrete, wenn auch unzweifelhaft das Kind außer (vor) der Ehe erzeugt ist[14].

---

14) Plenarbeschl. v. 5. Septbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 73). — S. auch den Rechtsfall im Schles. Arch. Bd. III, S. 557. Die Gründe sind nichts

3. Der Beweis der Nichtbeiwohnung in der gedachten Zeit muß **überzeugend** geführt werden, welches soviel heißt, daß der Beweis vollständig erbracht werden muß und nicht durch einen nothwendigen Eid ergänzt werden kann; es findet aber die Eideszuschiebung statt [15]). Nicht bloß durch den Beweis der Unmöglichkeit, wie im R. R., sondern durch den Beweis der Thatsache, daß die Beiwohnung überhaupt nicht geschehen sei, kann die Vermuthung widerlegt werden [16]). 4. Wird das Kind nach Auflösung der Ehe geboren, so wird die eheliche Zeugung bis zum 302ten Tage nach Trennung der Ehe vermuthet [17]). Eine Ausnahme davon ist gemacht für den Fall, wenn eine Wittwe zu früh heirathet: dann soll die Vermuthung nur bis zum 270sten Tage nach der Trennung dauern [18]). Ist die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt, so können dessen Erben die uneheliche Zeugung des Kindes nachweisen und dasselbe für ein Uneheliches erklären lassen [19]). 5. Außerdem sind gewisse Vorsichtsmaßregeln bei der Trennung der Ehe zugelassen. Die Erben des verstorbenen Mannes und der geschiedene Mann sollen die Frau befragen dürfen, ob sie sich schwanger glaube; und wenn sie solches verneint, so können sie ihr eine Gesellschafterin beiordnen und sie nach einiger Zeit, auch wiederholt, körperlich untersuchen lassen [20]). III. Auf den elterlichen Zustand beziehen sich die Familienklagen wegen der Elternschaft und Kindschaft. 1. Behauptet der Vater

---

weiter als die in den Materialien niedergelegten merkwürdigen Verwechselungen und Vermischungen verschiedener Dinge. Vergl. o. Note 8a.

15) §. 2 d. T. — Jur. Wochenschr. 1842, S. 509. — Schles. Arch. Bd. V, S. 213. Pr. 1125, v. 11. April 1842; Pr. 1320, v. 14. August 1843.

16) Schles. Arch. a. a. O. — Plenarbeschl. des Ob.-Tr. v. 5. Sept. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 73).

17) II, 2, §§. 19, 40, 41.

18) §§. 22, 23 das. — II, 1, §. 20. Der Grund paßt auch auf geschiedene Frauen, außer dem Falle der böslichen Verlassung.

19) II, 1, §§. 20, 21.

20) §§. 26—39, 42—48 das. — Wie diese für unsere Sitten und Rechtsansichten nicht passende Verordnung hierher gekommen, ist nicht zu sehen. Es ist eine Nachbildung des in Deutschland nie zur Anwendung gekommenen S. C. Plancianum [L. 1 pr. §§. 1—15 D. de agnosc. lib. (XXV, 3)], des Reskr. der Kaiser Antonin und Verus, wodurch jenes S. C. auf den umgekehrten Fall ausgedehnt wurde [L. 1 pr. §§. 1—9 D. de inspiciendo ventre (XXV, 4)] und dessen Voraussetzung bei uns ganz und gar fehlt, sowie des Prätorischen Rechtsmittels für den Fall, daß eine Wittwe behauptete, schwanger zu sein. L. 1, §§. 10—15, L. 2-4 D eodem. Vermöge dieser unsern Sitten unangemessenen Verordnung ist eine Wittwe und geschiedene Frau der Chikane Preis gegeben.

seine Vaterschaft oder die Mutter die Mutterschaft, und hindert ein Dritter die thatsächliche Ausübung der Elternrechte, so kann das Hinderniß durch das interdictum de liberis exhibendis et ducendis beseitigt werden[21]). Bestreitet das Kind den Zustand, so wird darüber durch ein Präjudicium (actio paterna [materna] oder de paternitate [maternitate] affirmativa) entschieden[22]), welches, wenn darauf eine andere Klage, z. E. die Alimentationsklage gegründet wird, mit derselben kumulirt werden kann[23]); das Kind kann auch negatorisch klagen (actio de filiatione negativa), wenn ihm der Zustand faktisch im Wege ist. 2. Leugnet der Vater die Vaterschaft, so kann der Streit zwischen ihm und dem Kinde auf die Klage des Kindes (actio filialis oder de filiatione affirmativa)[24]), oder, wenn das Kind im Besitze des Zustandes ist, auf die Klage des Ehemannes (actio de paternitate negativa)[25]) ausgemacht werden. Dieselben Rechtsmittel finden Anwendung, wenn zwischen dem Kinde und der vorgeblichen Mutter die Mutterschaft streitig wird, nur ist hierbei der Beweis geradezu auf die Thatsache der Geburt zu richten. Der Streit kann aber auch zwischen den vorgeblichen Eltern geführt und erledigt werden[26]). 3. Es kann auch zwischen dem Kinde und einem Dritten über den Zustand gestritten werden[27]). — Bei allen diesen Präjudizialklagen kommen dieselben Regeln, bezüglich auf den Beweis der Zeugung, also auch die rechtliche Vermuthung und die Beweisgründe zu deren Widerlegung, zur Anwendung[28]).

---

21) Tit. D. de liberis exhib. (XLIII, 30).

22) L. 3, §§. 3, 4 D. de agnoscend. liberis (XXV, 3). — L. 1 C. de patria potest. (VIII, 47).

23) Vergl. L. 1, §. 2 D. de rei vind. (VI, 1).

24) L 9 C. de patria potest. (VIII, 47); L. 4 C. de alend. lib. (V, 25).

25) L. 10 D. de his, qui sui (I, 6); L. 1, §. 15, L. 5, §. 8 D. de agnosc. lib. (XXV, 3). Der Kurator eines abwesenden Ehemannes ist zu dieser Klage nicht legitimirt. Pr. 1204, v. 26. Feb. 1842.

26) L. 1, §. 16, L. 2, L. 3 pr. 1—6 D. de agnosc. liberis.

27) A. L. R. II, 2, §§. 17, 18, 20. — L. 3 §. 5 D. eod. Darauf bezieht sich das edictum Carbonianum. Tit. D. XXXVII, 10.

28) Ohne einen juristischen Grund leugnet solches das Ob. Trib. bei der negativen Filiationsklage. Präj. 302, vom 26. Juni 1837 (Entscheid. Bd. II, S. 296 flg.). Diese Singularität bei einer einzelnen Anwendung der Präjudizialklage ist ohne positive Satzung unannehmbar, und an einer solchen Satzung fehlt es ganz und gar.

§. 771.

b) Annahme an Kindesstatt.

A. L. R. II, §§. 666—716. — A. Schuller, die Annahme an Kindesstatt, nach den Grundsätzen des österr. allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches und mit Rücksicht auf die dießfälligen Vorschriften des königl. preuß. allgemeinen Landrechts. Wien, 1837. — Chr. W. Schmitt, die Lehre von der Adoption. Jena, 1825. — Thomasius, de usu practico tituli Institutionum de adoptionibus. Halae, 1714. — Pufendorf, Obs. T. III, n. 46.

Die Annahme an Kindesstatt ist Begründung des elterlichen Zustandes durch eine Rechtshandlung. Das Pr. R. unterscheidet nicht zwischen Adoption und Adrogation. I. Die Voraussetzungen sind: 1. Der Annehmende muß 50 Jahr alt sein und keine ehelichen Abkömmlinge am Leben haben. Jüngere Personen können mit ministerieller Erlaubniß adoptiren, wenn die Erzeugung natürlicher Kinder von ihnen nicht zu vermuthen ist. 2. Der Annehmende muß nicht vermöge seines Standes zur Ehelosigkeit verpflichtet sein[1]. 3. Das Kind muß an Jahren jünger als der Annehmende sein; eine Zahl von Jahren ist nicht bestimmt[2]. Unter dieser Voraussetzung kann ein Jeder adoptirt werden, der noch nicht in bürgerlich wirksamen Kindschaftsverhältnissen zu dem Annehmenden steht, also auch uneheliche Kinder. 4. Mündige müssen selbst einwilligen; außerdem ist die Zustimmung des leiblichen Vaters, wenn er noch am Leben, und, wenn das Kind unter Vormundschaft steht, des Vormundschaftsgerichts, in Fällen, wo dem Vater die väterliche Gewalt entzogen und das Kind bevormundet ist, die Genehmigung Beider erforderlich[3]. 5. Der Annehmende muß nicht nothwendig männlichen Geschlechts sein; Ehefrauen aber können nur mit Einwilligung ihres Mannes adoptiren[4]. II. Die Form ist ein schriftlicher Vertrag mit obrig-

---

1) II, 2, §§. 668—671. Der §. 669 ist durch die K. O. v. 18. Juli 1836 dahin geändert, daß der Minister dispensiren kann (Jahrb. Bd. LII, S. 471). S. auch K. O. v. 13. Nov. 1838 (ebendas.).

2) §. 677 das. Nach L. 40, §. 1 D. de adopt. (I, 7) muß der Adoptirte 18 J. jünger sein, weil der fingirte Zustand muß möglich sein können. S. o. Note 12 zu §. 770. Und die Adoption beruhet auf dem Satze: adoptio naturam imitatur. L. 16 D. eod. und §. 4 J. eod. (I, 11).

3) §§. 678—680 a. a. O. — Hauptkontrahent bleibt selbstverständlich der Vormund.

4) §§. 674, 675 das. Anders nach R. R., weil es danach auf die väter-

keitlicher Bestätigung nach vorheriger Prüfung, welche in der Regel dem Gerichte erster Instanz zusteht[5]). Ausnahmsweise muß die Bestätigung ertheilt werden: 1. von dem Justizminister, wenn der Adoptirende nicht 50 Jahr alt ist (Note 1); 2. von dem Regenten: a) wenn der Adoptirende ein Edelmann und der Adoptirte bürgerlich ist und der Letztere den Adel und das Wappen des Erstern erhalten soll[6]); b) wenn zwar Beide von Adel, der Adoptirte aber auch das Wappen und den adeligen Namen des Erstern führen soll[7]); c) wenn der von einer Frau Adoptirte den Namen ihres gewesenen Mannes annehmen soll[8]). III. Wirkungen der Annahme sind, wenn der Annehmende männlichen Geschlechts ist, Erlöschung der bisherigen väterlichen Gewalt und Entstehung derselben Rechte für den Annehmenden, wie aus der Zeugung in rechter Ehe, nur mit diesen Modifikationen: 1. Der Adoptivvater erlangt, wenn nichts Anderes festgesetzt worden ist, kein Recht an dem Vermögen des Kindes, weder unter Lebendigen noch auf den Todesfall, der natürliche Vater behält die Verwaltung ohne den Nießbrauch, indem die Einkünfte dem Kinde zustehen; und wenn er stirbt, wird eine Vormundschaft selbst über das von der verstorbenen Adoptivmutter ererbte Vermögen, bestellt, denn der sie überlebende Adoptivvater hat keinerlei Recht darüber; das Erbrecht behalten die leiblichen Eltern und die Blutsfreunde mit gänzlicher Ausschließung der Adoptiveltern[9]). 2. Es entsteht kein Rechtsverhältniß zwischen dem Kinde und den Verwandten des Annehmenden, wiewohl Es dessen Namen erhält, und es bleiben die bisherigen Familienverhältnisse des Kindes unverändert, weshalb Es mit dem angenommenen Namen des Anneh-

---

liche Gewalt abgesehen war. §. 10 J. de adopt. (I, 11); Gajus I, §. 104; Ulpian. VIII, §. 8a. Doch kommt ein Analogon für Frauen durch kaiserliches Reskript vor, wodurch aber nur Kognition begründet wird. L. 5 C. de adopt. (VIII, 48).

5) §. 667 a. a. O. — V. v. 2. Januar 1849, §. 14. Der Bestätigung geht gewöhnlich eine gerichtliche Anerkennung voraus, zum Zwecke der Beglaubigung.

6) §. 684 das. — Anh. §. 100 Nr. 1, und §. 102.

7) Anh. z. A. L. R. §. 100, Nr. 2. — R. v. 12. Nov. 1801 (Stengel, Bd. XIV, S. 292; Rabe, Bd. VI, S. 655). — R. v. 9. April 1811 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 102).

8) §. 689 a. a. O. Anh. §. 102. — R. v. 24. Mai 1837 (Ergänz. zu II, 2, §. 666, Nr. 2, Buchst. c).

9) §§. 681—706 a. a. O. — Anhang §§. 101, 102.

nehmenden seinen eigenen Familiennamen fortführen darf [10]; aber umgekehrt treten alle Abkömmlinge des Angenommenen zu dem oder den Annehmenden [11] in das nämliche elterliche Zustandsverhältniß, wie es durch eheliche Zeugung begründet wird [12]. IV. Die Adoption kann mit allen ihren Wirkungen, so als wenn sie niemals geschehen wäre, durch einen von derselben Behörde, von welcher die Errichtung bestätigt worden ist, bestätigten Vertrag wieder aufgehoben werden [13]; die entstandene väterliche Gewalt endet eben so wie die des leiblichen Vaters [14].

§. 772.

c) Legitimation.

A. L. R. II, 2, §§. 592—611. — **Beyer**, doctrina legitimationis ex jure patrio explicand. Vit., 1712. — **Eisenhardt**, de legitimatione liberorum illegit. praec. secundum jus german. Helmst., 1780. — **Normann**, de legitimatione secundum jus patrim. antiquum et hodiernum. Hafn., 1823.

Legitimation heißt die Rechtshandlung, wodurch unehelichen Kindern das Recht der Ehelichkeit entweder nur in Beziehung auf den Vater oder auch in Beziehung noch auf Andere beigelegt wird. Sie ist nicht, wie im R. R., bloß auf Konkubinenkinder beschränkt, sondern auf alle uneheliche Kinder, welche von ledigen [1] Mannspersonen erzeugt werden, anwendbar, und ge-

---

10) Der gewöhnliche Gebrauch ist, daß der angenommene Name dem eigenen Namen angehängt wird, z. B. Lucius-Titius, oder Lucius genannt Titius; doch kommt auch der umgekehrte Gebrauch vor. Der angenommene Name ist der Hauptname, der eigene kann ganz weggelassen werden.

11) Eheleute können gemeinschaftlich adoptiren. §. 687 a. a. O.

12) §§. 682, 707—713 a. a. O.

13) §§. 714, 715 a. a. O. Diese Aufhebung ist dem R. R. fremd; auch stellt sich die Sache sonderbar, wenn der Angenommene in einen andern Stand getreten ist.

14) §. 716 das. Vergl. §. 11 J. de heredit. (III, 1); L. 3 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

1) Ehemänner können wol unmöglich während ihrer Ehe die ehebrecherisch erzeugten Kinder legitimiren, weil das wider die Sitte sein würde. Frage ist nur: ob nach Auflösung der Ehe die Legitimation zulässig. Die Sittenwidrigkeit trifft auch hier zu, doch ist darüber Meinungsverschiedenheit, schon nach der Dekretale c. 6 X. qui filii sint legitimi. Ein Min.-R. vom 22. Febr. 1822 (Jahrb. Bd. XI, S. 8) ist dafür. Auch **Schweickart**, disput. juris canonici de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regiomonti, 1824. S. jedoch das R. v. 21. Okt. 1831 (Jahrb. Bd. XXXVIII, S. 470).

schieht: 1. durch nachherige rechte Ehe zwischen den leiblichen Eltern (per subsequens matrimonium), und zwar mit vollen rechtlichen Wirkungen in allen Beziehungen[2]), nur muß die Zeugung Seitens des Ehemanns außer Zweifel sein (§. 596, 1), die aber auch durch stillschweigendes Anerkenntniß bewiesen werden kann[3]). 2. Durch richterlichen Ausspruch, und zwar dadurch, daß der Mutter die Rechte einer wirklichen Ehefrau rechtskräftig beigelegt werden, wenngleich die Trauung wegen Weigerung des Vaters nicht vollzogen wird, oder die Mutter vor rechtskräftiger Entscheidung stirbt, in welchem Falle das Kind in seinem Interesse die Sache zu Ende führen kann[4]); auch erhält das Kind durch diese Legitimation, wenn die Mutter bürgerlich und der Vater adelig ist, den adeligen Stand, Namen und das Wappen des Vaters[5]), wiewohl der Mutter diese Rechte abgesprochen worden sind[6]). 3. Durch gerichtliche Erklärung des Vaters, daß er das Kind für das seinige anerkenne[6a]), vorausgesetzt, daß das Kind mit einer förmlich, d. h. durch vorschriftsmäßig errichteten Vertrag oder durch Aufgebot[6b]), schon vor der Zeugung[6c]) verlobten,

---

2) §§. 596, 598, 600 das. — Dekl. v. 30. Sept. 1820 (G. S. S. 201). — L. 10, 11 C. de natural. lib. (V, 27). — Machen besondere Gesetze Ausnahmen, wie bei deutschen Instituten, z. B. Fideikommissen und Lehen, vorzukommen pflegt, so treten dieselben allerdings ein. §. 596. Nach G. R. streitet man darüber. S. Heffter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder in Lehen und Familien-Fideikommisse, Berlin, 1836; Dick, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle, 1832; Kämmerer, Beiträge zum Gemeinen und Meklenburgischen Lehnrechte über Unfähigkeit der Mantelkinder, Rostock, 1836; Guerin, de legitimatione per subsequens matrimonium, Argent., 1780; Schorcht, von der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnsfolge, Jena, 1780 und 1797.

3) Schles. Arch. Bd. V, S. 185 flg.

4) §§. 592, 593, 959 a. a. O. — II, 1, §§. 1037, 1038. Ursprünglich ist das Kind nicht befugt zu klagen, wenn die Mutter nicht klagen will oder die Klage zurücknimmt; die noch nicht angemeldete Klage vererbt sich auch nicht. §. 594.

5) II, 2, §. 592; II, 9, §. 6.

6) II, 1, §§. 1052, 1037. Dieser Widerspruch ist bei der Umarbeitung des Entwurfs in das G. B. gekommen, wo man bei der Zurücksetzung der Geschwächten an die Bestimmung II, 9, §. 6 nicht gedacht hat.

6a) Materialien des A. L. R. zu §. 597 (Entsch. des Obertrib. Bd. XX, S. 299).

6b) II, 1, §. 92 u. Anh. §. 67. Pr. des Obertrib. 2209, I, v. 30. April 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 294).

6c) Dasselbe Pr. 2209 sagt unter II: daß es vor der Verlobung geboren sein müsse. Die Bestimmung aber verlangt, daß das Kind mit der Verlobten erzeugt sei; sie setzt also den Fall der Ehevollziehung nach älterm can. R.

nachher nicht wirklich angetrauten Braut erzeugt ist, — ebenfalls mit voller Wirkung [7]). Stirbt der Mann ohne eine solche Erklärung, so ist keine Legitimation möglich. Es kommt hier auch nicht darauf an: ob der befruchtende Beischlaf erst nach der förmlichen Verlobung stattgefunden hat, denn es ist für diesen Fall keine Zeit zur Feststellung der Thatsache bestimmt, auch ist Niemand berechtigt, die Frage vor Gericht erörtern zu lassen. Vor der förmlichen Verlobung bereits erzeugte Kinder können auf diese Weise nicht legitimirt werden. 4. Durch Reskript des Justizministers, welche jedoch nur auf Antrag des Vaters geschieht, und dem Kinde den Stand nur des bürgerlichen Vaters und eheliche Rechte nur in Ansehung dessen Person, aber nicht gegen dessen Familie und auch nicht gegen die Familie der Mutter, auch nicht den Namen des Vaters giebt; nur zwischen den ehelichen Abkömmlingen des Vaters und dem Kinde entsteht das Verhältniß wie zwischen ehelichen Halbgeschwistern [8]). Dasselbe gilt von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand, mit dem Unterschiede, daß der Regent die Legitimation ertheilen muß, daher durch dieselbe auch der Name und der adelige Stand des Vaters

---

durch copula carnalis, also den Fall voraus, wo den Sponsalien carnalis copula gefolgt ist. c. 12 X. qui filii sint legitimi (IV, 17). Solches spricht auch diejenige Autorität aus, auf welche Suarez, in den amtlichen Schlußvorträgen (Jahrb. XLI, S. 144), sich bei dem §. 597 beruft, nämlich Hellfeld in seinen Pandekten, §. 116: „si post sponsalia publica concepti sunt.“ Hiernach ist wol zweifellos, daß der Sinn des §. 597 nach dem Wortlaute zu verstehen ist. Das Pr. tritt also mit dem Ausdruck und mit dem Wesen des Rechtsverhältnisses zugleich in Widerspruch, ohne nur dafür einen Grund zu haben.

7) II, 2, §. 597; II, 9, §. 5. Dadurch ist die gemeinrechtliche Kontroverse über die Rechtmäßigkeit der s. g. Brautkinder, für das Pr. R., zu Gunsten der Kinder entschieden. Ein altes R. v. 22. Februar 1768 (N. C. C. Tom. IV de 1768, S. 2051) war schon damals für die Gleichstellung der s. g. Brautkinder mit ehelichen, indem es die Pommersche Regierung anwies, daß, wenn bündige Sponsalien celebrirt worden und die Schwängerung dazugekommen, sponsus aber die Ehe nicht vollziehen wolle, nicht anders erkannt werden solle, als daß dennoch das matrimonium pro legitimo, und das erzeugte Kind für ein eheliches zu erklären sei. Auch hier wird gefordert, daß die Verlobung der Schwängerung voraufgegangen sei. Ueber G. R. siehe: Pape, über der Brautkinder Successionsfähigkeit; im Archiv für theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit, Th. IV, S. 277 ff.

8) II, 2, §§. 601—608. — Anh. §. 94. Diese an die Stelle der legitimatio per rescriptum principis und der ehemaligen comitum palatinorum getretene Ministerial-Legitimation kostet, außer dem Stempel, 5—10 Thlr. K. O. v. 16. Jan. 1840 (G. S. S. 17).

beigelegt wird[9]; auch ist diese Bestimmung auf die Legitimation unehelicher Kinder von Offizieren ausgedehnt[10].

§. 773.

d) Einkindschaft.

A. L. R. II, 2, §§. 717—752. — Hertel, theoretisch=praktische Erörterung der Lehre von der Einkindschaft und fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft, nach den Grundsätzen des deutschen Privatrechts und mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Preuß. Landrechts. Gießen, 1818. — v. Strombeck, von der Einkindschaft in den Jahrb. Bd. XIII, S. 335 ff. — Schmidt, de unione prolium. Erlangae, 1785. — Tafinger, über die Lehre von der Einkindschaft. Nürnberg, 1785.— Ringelmann, über die historische Ausbildung und die rechtliche Natur der Einkindschaft. Würzburg, 1825. — Eberty, de vera unionis prolium indole. Bonn, 1834.

I. Die Einkindschaft (unio prolium) ist eine Begründungsart des elterlichen Verhältnisses zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, und erzeugt dieselben persönlichen Rechte und Pflichten, ingleichen wechselseitige Successionsrechte, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern[1]. Sie findet nur statt zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, wenn Personen eine rechte Ehe schließen, von welchen Eine oder Jede schon Kinder hat, ohne Unterschied, ob es für den einen oder den andern Theil die zweite oder noch fernere Ehe ist[2]; die eingebrachten Stiefkinder dürfen nicht uneheliche sein[3]. Sie kann vor oder nach Schließung der Ehe errich=

---

9) §§. 609—611 a. a. O.

10) Anh. z. A. L. R. §. 65. — Circ.=V. v. 11. September 1798 (Rabe, Bd. V, S. 195).

1) §§. 720, 732 a. a. O. Das A. L. R. hat also diejenige Meinung über die streitige rechtliche Natur des Instituts angenommen, nach welcher dieselbe für eine Art von Adoption angesehen wurde. Pufendorf, Obs. I, 209; III, 114; IV, 191. — Gail, Obs. II, 125. — Nach einer andern Ansicht ist die Einkindschaft eine Art Erbvertrag. Runde, Grundsätze, §. 673; Eichhorn, Einleitung, §. 346. Eine dritte Ansicht hält sie für eine Gütergemeinschaft. Hertel, §. 1, u. A. Eigentlich ist sie ein eigenthümliches deutsches Institut. Maurenbrecher, deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 664; Mittermaier, Grundsätze, §. 369 (§. 321a). Nach Pr. R. bestimmt sich die Natur nach Analogie der Adoption.

2) §§. 717—719 a. a. O. — Anh. §. 103.

3) Ueber Einkindschaft außerehelicher Kinder, in Zu Rhein, Beiträge Bd. III, Nr. 22. — R. v. 30. Juni 1823 (Jahrb. Bd. XXII, S. 71).

tet werden[4]). II. Die Erfordernisse sind: 1. Freie Einwilligung der Eltern und der zusammenzubringenden Kinder oder, sofern diese noch minderjährig sind, der Vormundschaft. 2. Weder die Vorkinder noch die Nachkinder sollen in ihrem Pflichttheile verletzt werden; deshalb muß Jedes der Eltern, welches schon Kinder hat, denselben auf seinen Todesfall wenigstens die Hälfte des von ihm in die neue Ehe gebrachten Vermögens zum Voraus vermachen[5]). III. Die Form der Eingehung ist ein Vertrag, welcher gerichtlich vollzogen und bestätigt werden muß[6]); auch nach bereits vollzogener Ehe bedarf die Frau keines Beistandes, weil sie sich nicht dem Manne verbindlich macht und auch nicht zwischen ihr einerseits und dem Manne andererseits, sondern vielmehr zwischen ihr und dem Manne gemeinschaftlich auf der einen und den Vorkindern auf der andern Seite ein Verhältniß eingegangen wird. Zuständige Gerichtsbarkeit des Richters ist nicht erforderlich[7]). Diese richterliche Bestätigung ist von der Approbation des Vormundschaftsgerichts, wenn die Kinder minderjährig sind, verschieden; hat Dasselbe den Vertrag aufgenommen, so muß Es außer der obervormundschaftlichen Genehmigung noch die Bestätigung aussprechen. IV. Die Einkindschaft begründet zwischen Stiefeltern und Stiefkindern dasselbe Verhältniß wie die Adoption zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, nur daß die Kinder nicht den Namen des Stiefvaters annehmen, und mit der Erweiterung, daß auch die Erbfolgerechte wechselseitig sind[8]). Der Stiefvater erwirbt mithin auch die väterliche Gewalt über

---

4) §. 722 a. a. O. Vorher ist sie eine bedingte.

5) §§. 723—730 a. a. O. — Die Unterlassung hat keine Nichtigkeit zur Folge. Pr. 414, v. 29. Januar 1838. Wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung herrscht, daß der überlebende Ehegatte das Gesammtvermögen bis zur Wiederverheirathung als Alleineigenthum oder zum Nießbrauch behält, da können auch, wenn der erstverstorbene Ehegatte aus einer früheren Ehe Kinder hatte, rücksichtlich deren mit dem zweiten Ehegatten ein Einkindschaftsvertrag geschlossen worden ist, die Stiefkinder nicht sofort nach dem Tode ihres leiblichen Parens die Auseinandersetzung in Betreff dessen Vermögennantheils resp. Nachlasses verlangen. Pr. 1226, v. 29. Nov. 1842. — Schmidt, Gedanken über die Bestimmung des Voraus bei Einkindschaften. Würzburg, 1798.

6) §. 721 a. a. O. Vor der Bestätigung hat das Gericht die Erfordernisse und die Nützlichkeit des Verhältnisses für die Vorkinder zu prüfen. II, 17, §§. 55, 56.

7) A. G. O. II, 1, §. 9 Nr. 10. — Anh. z. A. L. R. §. 147, wodurch die Vorschrift II, 17, §. 56 geändert ist. Folgerecht sollte, wie bei Adoptionen, die Prüfung und Bestätigung dem Obergerichte zustehen.

8) §§. 732, 734 a. a. O.

die Stiefkinder, und daraus folgt die Beendigung der über dieselben bisher geführten Vormundschaft[9], doch nur in Beziehung auf die Person, denn über das Vermögen erhält der Stiefvater nicht die Rechte eines leiblichen Vaters unter Lebendigen[10]. Zwischen den Kindern und den Verwandten des Stiefvaters und der Stiefmutter entstehen keine Familienverhältnisse, auch nicht unter den zusammengebrachten Kindern[11]. Die wechselseitigen Erbrechte sind jedoch nicht gleich, indem zwar die der Stiefkinder sich auf das ganze Vermögen der Stiefeltern, namentlich auch auf Dasjenige, welches der überlebende Parens noch nach dem Tode des Vorverstorbenen erwirbt, erstreckt[12], dagegen aber das der Stiefeltern sich auf dasjenige Vermögen, welches die Kinder in die Einkindschaft einbringen oder von den Eltern erhalten, beschränkt[13]. Dieses wechselseitige Erbrecht kann durch einseitige Verfügungen von Todeswegen, wenn nicht gesetzliche Enterbungsursachen gegeben und nicht Vorbehalte gemacht sind, nicht entzogen oder auch nur geschmälert werden[14]; die Einkindschaft hat hierin also nicht bloß die Wirkung einer Adoption, vermöge welcher das Kind nur den Pflichttheil fordern kann[15], sondern die eines Erbvertrags[16]. Daß bei dem Tode des Einen der unirenden Eltern nur Stiefkinder vorhanden sind, oder bei dem Tode eines zugebrachten Kindes nur noch der Stiefvater oder die Stiefmutter am Leben ist, ändert nichts an dem Erbrechte: die Blutsverwandten werden durch die Stiefkinder und beziehlich Stiefeltern von der Erbschaft ausgeschlossen; nur in Dasjenige, was den Stiefkindern, nach Eingehung der Einkindschaft, anderwärtsher als von den unirenden Eltern zufällt, findet die gesetzliche Erb-

---

9) Archiv für civil. Praxis, Bd. XVI, S. 226.

10) §. 733 a. a. O. So auch bei der Adoption. §. 694.

11) §. 752 das. Wie bei der Adoption. §§. 708, 709.

12) §§. 734, 737—744 a. a. O. Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 380.

13) §§. 735, 736, 745, 746 a. a. O.

14) §§. 747—749 das. Der Stiefvater resp. die Stiefmutter ist nicht berechtigt, das gesetzliche Erbtheil der Vorkinder auf den Pflichttheil zu beschränken. Pr. 126, v. 24. Okt. 1836 (Entsch. Bd. II, 39). Vergl. Arch. für das Civil- und Kriminalrecht in der Rheinprovinz, Bd. XIV, S. 78, und Gründler, Polemik III, S. 55.

15) §§. 692, 706 a. a. O.

16) Ist streitig. S. jedoch Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 45.

folge statt[17]. Auf das Notherbenrecht der nicht einwilligenden Aszendenten der unirenden Eltern hat die Einkindschaft keinen Einfluß[18]. V. Die Einkindschaft wird aufgehoben: 1. durch gerichtlichen Vertrag sämmtlicher Interessenten[19]; 2. durch Scheidung der unirenden Eltern[20]. Der Tod aller unirten Kinder kann nach Pr. R. kein Aufhebungsgrund sein, weil, im Falle keine Abkömmlinge von ihnen nachbleiben, das Erbrecht der Eltern in Wirkung tritt, und wenn eheliche Abkömmlinge vorhanden sind, diese als angenommene Enkel an die Stelle ihres Parens treten[21]. Noch weniger ist der Mangel der Geburt eines Kindes in der Ehe der unirenden Eltern ein Aufhebungsgrund, wenn es nicht im Vertrage verabredet ist[22].

III. Wirkungen der elterlichen Verhältnisse.

§. 774.

1. In Ansehung der Person.

I. Die vorzüglichste Wirkung ist, daß, wenn nicht die Begründungsart eine Ausnahme macht, das Kind in die Familie des Vaters tritt und alle Rechte eines Familiengliedes in derselben, den Namen sowie den Stand seines Vaters erhält, auch mit dem Vater dieselbe Gerichtsbarkeit und das davon abhängige Privatrecht hat, so lange Es in der väterlichen Gewalt bleibt oder nicht in ein bürgerliches Verhältniß tritt, womit ein besonderer Gerichtsstand verbunden ist[1]. Zur Sicherung des Civil-

---

17) §§. 741, 744—747 das. — Archiv der Rheinprovinz, Bd. XIX, S. 149. — v. Hohnhorst, Bad. Jahrb. 8r Jahrg., S. 394.

18) §§. 728, 729, 742 a. a. O. — Ist nach G. R. streitig. S. Mühlenbruch in Glücks Kommentar, Bd. XXXVIII, S. 105; und für die andere M. Pufendorf, Obs. T. I, obs. 200, §. 31 sqq.; T. IV, obs. 191.

19) §. 751 a. a. O. Die richterliche Bestätigung wird hierbei nicht erfordert, was nicht folgenrecht ist. S. o. §. 771, IV.

20) §. 750 dies. Tit.

21) §§. 720 und 707 a. a. O. Wo die Einkindschaft nicht als Adoption angesehen wird, ist es anders.

22) Ullrich, Archiv Bd. II, S. 324 flg. — Pufendorf, I, 200, §. 20.

1) §§. 58—60 a. a. O. Hat jetzt nur noch in Beziehung auf das Privatrecht Bedeutung. V. v. 2. Jan. 1849, §. 15.

standes sind die Eltern, vorzüglich der Vater, verpflichtet, das Kind binnen sechs Wochen nach der Geburt taufen und beziehlich in die Liste der Geborenen eintragen zu lassen, widrigenfalls die Vormundschaftsbehörde dafür durch einen dem Kinde zu bestellenden Kurator zu sorgen hat[2]. II. Das Kind ist beiden Eltern Ehrfurcht und Gehorsam schuldig; auch haben Beide das Recht und die Pflicht der Erziehung, jedoch steht dabei die Anordnung der Art hauptsächlich dem Vater zu[3]. Sind die Eltern über die Religion, in welcher das Kind unterwiesen werden soll, nicht einig, so soll der Unterricht in der Religion des Vaters, bis nach zurückgelegtem 14ten Jahre des Kindes, gegeben werden und entgegenstehende Vertragsbestimmungen sind ungültig[4]. Hiernach richtet sich auch die Taufe[5]. Dieser Grundsatz kommt noch nach dem Tode des Vaters, gegen den Willen der Mutter, zur Anwendung, wobei auf eine erst in der letzten Krankheit erfolgte Religionsveränderung keine Rücksicht genommen wird; nur wenn der Vater das Kind, wenigstens durch das ganze letzte Jahr vor seinem Tode, in der Religion der Mutter hat unterrichten lassen, muß die Vormundschaft dabei bleiben[6]. III. Das aus der Erziehung folgende Züchtigungsrecht der Eltern geht nicht bis zur Anwendung harter Strafen und Zwangsmittel. Sind die gewöhnlichen, der Gesundheit unschädlichen Mittel unzureichend, so kann die Vormundschaftsbehörde, auf Antrag des Vaters, nach Befinden

---

2) Anh. z. A. L. R. (II, 11, §. 446) §. 131. — K. O. v. 23. Febr. 1802 (N. C. C. Tom. XI, S. 769; Stengel, Bd. XV, S. 272; Rabe, Bd. VII, S. 63). Ueber den Anlaß zu dieser Bestimmung s. Stengel, Bd. XIII, S. 190 flg.

3) II, 2, §§. 61, 62, 74.

4) §§. 76—79, 83, 84, 85 a. a. O. Dekl. v. 21. Nov. 1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1931; Rabe, Bd. VII, S. 524). Dieses gilt auch in den Rheinprovinzen. K. O. v. 17. Aug. 1825 (G. S. S. 221). Nach dem R. v. 28. Januar 1804 (N. Arch. Bd. III, S. 296) soll die Dekl. v. 21. Nov. 1803 nur auf die nach dieser Zeit geschlossenen Ehen Anordnung finden, und man ist über die Geltung dieser Bestimmung verschiedener Meinung. Darauf kommt jedoch nichts mehr an, da jetzt solche vor 1803 geschlossenen Ehen gewiß höchst selten sind, in welchen noch Kinder unter 14 Jahren vorkommen.

5) Die Bestimmung II, 11, §. 447 ändert sich durch die Dekl. v. 21. Nov. 1803. R. v. 12. Okt. 1804 (N. Arch. Bd. III, S. 312; Rabe, Bd. VIII, S. 188).

6) II, 2, §§. 80—82. R. v. 8. Aug. 1836. — Ueber die verschiedenen, diesen Gegenstand betreffenden, deutschen Gesetzgebungen s. Mittermaier, Bemerkungen über die neueste deutsche Gesetzgebung in Bezug auf religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen; in Elver's Themis, Bd. I, H. 1 (Gött. 1827), Nr. I. — Vergl. Code civil, Art. 303, 1388.

der Umstände, zweckmäßige Besserungsmittel anwenden [7]). IV. Eltern und Kinder haben die wechselseitige Verbindlichkeit, sich zu unterstützen und zu verpflegen (§. 595). Beide Eltern müssen vereint, und der Vater hauptsächlich, für Unterhalt, Verpflegung und Erziehungskosten sorgen; die Mutter muß die körperliche Pflege und Wartung persönlich besorgen oder doch beaufsichtigen, auch, wenn sie gesund ist, ihr Kind durch die von dem Vater zu bestimmende Zeit stillen; der Vater soll sich aber, bei entstehender Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter, dem Gutachten der Sachverständigen unterwerfen [8]). Bis zum zurückgelegten vierten Jahre des Kindes kann die Mutter, welche ihrer Pflicht genügen kann und will, fordern, daß dasselbe ihrer persönlichen Pflege und Aufsicht überlassen werde [9]). V. Werden die Eltern geschieden, so sollen die Kinder in der Regel bei dem unschuldigen Theile, und wenn Keiner von Beiden für schuldig erklärt ist, die Kinder unter vier Jahren bis zur Vollendung dieses Alters bei der Mutter, die älteren bei dem Vater erzogen, doch kann in dem zweiten Falle der Mutter auch die Erziehung der Töchter überhaupt, von dem Vormundschaftsgerichte, anvertraut werden [10]). Ausnahmen sind: 1. Der Vater kann, auch wenn er der schuldige Theil ist, die Söhne zur Erziehung verlangen, wenn die Scheidungsursache nicht eine schlechte Erziehung besorgen läßt [11]). 2. Die für schuldig erklärte Mutter behält, unter derselben Voraussetzung, die noch nicht vier Jahre alten Kinder bis zur Zurücklegung dieses Alters und muß die Kosten dafür tragen, welche ihr auch dann zur Last fallen, wenn die Pflege Andern anvertraut werden muß [12]). 3. Das Vormundschaftsgericht kann,

---

7) §§. 86—89 a. a. O. Man hat jedoch auch dem Vormundschaftsgerichte die Bestimmung, namentlich der Dauer der Einsperrung in eine Besserungs-Anstalt, entzogen; es soll darüber dem Justizminister Vortrag geschehen, nach Befinden dem Könige. R. v. 11. März 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 73; Mathis, X, 19; Rabe, VIII, 493). — R. v. 21. Januar 1830 (Jahrb. Bd. XXXV, S. 126).

8) §§. 64—69 a. a. O. Diese Bestimmungen sind dem Wesen des Verhältnisses unangemessen; dasselbe entzieht sich einer solchen Einmischung Fremder gänzlich und die richterliche Einwirkung hat da ihre Grenze.

9) §§. 70—73 a. a. O.

10) §§. 92, 95, 96 a. a. O. — Nicht der Scheidungsrichter hat hierüber Bestimmung zu treffen. Pr. 404, v. 15. Jan. 1838.

11) §. 93 das. Der Prozeßrichter hat davon dem Vormundschaftsgerichte Notiz zu geben, durch Mittheilung einer Abschrift des Scheidungsurtels.

12) §§. 94, 105, 106 a. a. O.

wenn in der Folge erhebliche Besorgniß der Vernächlässigung oder schlechten Erziehung eintritt, überhaupt andere Anordnungen, nach Befinden, treffen[13]). — Der Vater kann von der für schuldig erklärten Mutter einen Beitrag zu den Erziehungskosten, bis auf die Hälfte des baaren Aufwandes, fordern[14]). VI. Eltern, welche ihre Kinder grausam mißhandeln, zum Bösen verleiten, oder ihnen nicht den nothdürftigen Unterhalt reichen, wird die Erziehung derselben, von Seiten des Vormundschaftsgerichts, genommen und die Kosten für die Erziehung durch Andere werden von ihnen eingezogen; doch soll ihnen in solchem Falle der Zutritt zu den Kindern nicht ganz versagt werden[15]). VII. Aus der väterlichen Gewalt als einer dem alten Mundium ähnlichen tutela usufructuaria, vermöge welcher dem Vater der Nießbrauch des Vermögens und die Dienste des Kindes zustehen, ist der Vater auch verpflichtet, das Kind auf seine Kosten vor und außer Gericht zu vertreten, d. h. die Prozeßkosten für das Kind aus eigenen Mitteln zu bezahlen, ausgenommen die Rechtssache beträfe das freie Vermögen des Kindes, in welchem Falle die Kosten allenfalls aus der Substanz genommen werden müssen, indem in dieser Beziehung der Vater nur die Rechte und Pflichten eines gewöhnlichen Vormundes hat[16]). VIII. Weil die Röm. Personeneinheit zwischen Vater und Kinde dem deutschen und Pr. R. unbekannt ist, so fällt auch die nothwendige Stellvertretung des Vaters durch das Kind, bei Erwerbungen, weg (§. 572), das Kind erwirbt mithin für sich selbst, nur Das ausgenommen, was Es in der Wirthschaft

---

13) §§. 97—100 a. a. O. In solchen Fällen wird ein Kurator zu bestellen sein.

14) §. 104 das. — Diese Einschränkung auf die Hälfte bezieht sich nicht auf das Verhältniß zwischen Mutter und Kind; Dieses kann, wenn der hauptsächlich verpflichtete Vater unvermögend ist, die ganze Verpflegung und Erziehung, selbst von der unschuldigen Mutter, fordern. §. 107 das. S. o. §. 595.

15) §§. 90, 91, 101, 102, 266 a. a. O, Diese Anordnung findet sich schon in der Vormundschaftsordnung v. 23. Septbr. 1718, §. 8. Den Betrag der erforderlichen Kosten bestimmt das Vormundschaftsgericht durch Dekret; ein Prozeß findet nicht statt, die Sache ist nicht Justiz- sondern Regierungssache.

16) §. 159 a. u. O. Der Grund, warum der Vater auf seine Kosten vertreten muß, ist hier derselbe, welcher ihn dazu in Beziehung auf die Frau verbindet. II, 1, §§. 187, 188. Daraus ergiebt sich die Irrigkeit des R. v. 18. April 1821 (Jahrb. XVII, S. 27), welches den Vater einem gewöhnlichen Vormunde gleichstellt, als wenn dieser, ein eigenes Vermögensrecht an dem Vermögen des Mündels (Nießbrauch) und Rechte auf persönliche Dienste hätte. Der Vater handelt bei der Vertretung seines Kindes zugleich immer in seinem eigenen Interesse. Das ist der Unterschied zwischen ihm und einem angestellten gewöhnlichen Vormunde.

und in dem Gewerbe der Eltern, wobei Es nach Kräften zu helfen schuldig ist, erwirbt[17]). Aus dem Wegfall der juristischen Personeneinheit folgt auch die Fähigkeit des Kindes, mit dem Vater selbst Rechtsgeschäfte zu schließen, wozu Es, wenn es großjährig ist, keines Beistandes oder Kurators bedarf; will Es mit Andern schließen, so muß der Vater auch im Falle der Großjährigkeit des noch in seiner Gewalt stehenden Kindes zugezogen werden[18]).

§. 775.

2. In Ansehung des Vermögens.

In Ansehung des Vermögens hat die Mutter in der Regel keine Rechte, eine Ausnahme gilt nur von dem Aussatze aus dem Vermögen des schuldigen Ehetheils im Falle der Scheidung: davon behält auch die Mutter die Verwaltung und den Nießbrauch auf Lebenszeit (§. 763, V). Der Vater hat, vermöge seiner Gewalt, an allem übrigen Vermögen seiner Kinder ein eigenes Recht. Jedoch ist in dieser Hinsicht freies und nichtfreies Vermögen zu unterscheiden. 1. Das freie Vermögen hat ungefähr die Bedeutung des Röm. peculium militare und des pec. adventitium extraordinarium s. irregulare[1]), und entsteht: 1. durch Erwerb mittelst Fleißes und Geschicklichkeit außerhalb des Betriebes der väterlichen Geschäfte[2]); 2. durch Erwerb in Kriegs- und Civildiensten[3]);

---

17) §§. 121—124 a. a. O. S. o. §. 768, Note 8. Für diese Hülfe hat das Kind keinen Lohn zu fordern. Man hat das in Frage gestellt. S. darüber: in wiefern Kinder von Eltern einen Lohn fordern können; in Bülow und Hagemann, Erört. B. II, Nr. 55. Besonders: Scholz III, Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht, B. II, S. 1 flg. u. B. I, S. 100 flg. — v. Ende, vermischte jur. Abhandl., B. II, S. 32.

18) §. 125 a. a. O. In den Fällen, in denen die Genehmigung des Vaters mit Rücksicht auf den Gegenstand des Geschäfts genügt, um dem von einem mündigen, unter seiner Gewalt stehenden Kinde geschlossenen Vertrage vollständige Gültigkeit zu verschaffen, bedarf es der Zuziehung eines Kurators und der richterlichen Approbation auch dann nicht, wenn der andere Kontrahent ebenfalls zu seinen Kindern gehört, und seiner Einwilligung benöthigt ist. Pr. 1662, v. 6. Decbr. 1845 (Entscheid. XII, 332.) — Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 257 flg.

1) Rau, Historia juris civilis de peculiis. Lips., 1770. 4.

2) § 148 a. a. O. Dieser Erwerb gehört nach R. R. nicht zum peculium castrense vel quasi.

3) §. 149 das. — L. 11 D. de castrensi pec. (XLIX, 17); L. 1 C. eod. (XII, 37). — L. 37 pr. C. de inoff. test. (III, 28); L. 4, 14 C. de advocatis (II, 7); L. 2 C. de privil. eorum (XII, 29); L. un. C. de

3. durch Belehnungen und Lehnsanfälle[4]; 4. durch Belohnungen des Fleißes und der Geschicklichkeit des Kindes, Seitens der Eltern oder Anderer[5]; 5. durch Geschenke und Vermächtnisse aus Erkenntlichkeit für geleistete Dienste oder erwiesene Gefälligkeiten[6]; 6. durch Ersparnisse von Demjenigen, was ihnen von den Eltern zu ihrem Unterhalte oder zu sonstigen Ausgaben gegeben worden[7]; 7. durch Zuwendung von Eltern oder Andern unter der Bestimmung, daß dem Vater der Nießbrauch nicht zustehen solle[8], doch gilt die Bestimmung nicht, insoweit der Zuwender dem Kinde einen Pflichttheil schuldig ist und Diesen damit entrichten will[9]. Darüber gebührt dem Kinde freie Verwaltung und Verfügung, und, so lange Es minderjährig ist, hat der Vater die vormundschaftliche Verfügung, wenn ihm solche nicht durch Bestimmung des Gebers entzogen worden ist; die Nutzungen wachsen während der Verwaltung dem Stamme zu, soweit sie nicht zur Verpflegung und Erziehung des Kindes, nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts, erforderlich sind[10]. II. Das unfreie Vermögen hat die Bedeutung des Röm. peculium adventitium regulare, bildet die Regel und umfaßt daher Alles, was das Kind irgendwie und woher erwirbt, insofern der Erwerb nicht unter eine der genannten sieben Ausnahmen fällt; denn eine analoge Anwendung einer Ausnahme auf ähnliche Fälle ist nach den Regeln der Auslegung unstatthaft (§. 24); namentlich gehören auch Pathengeschenke sowohl überhaupt als besonders auch die königlichen für den siebenten Sohn zum unfreien Vermögen[11]. Ebensowenig gehört das Erheirathete eines Sohnes zu dessen freiem Vermögen, wenn nämlich der Sohn nicht wirklich einen besondern Hausstand gegründet hat, und dadurch aus der väterlichen Ge-

---

castrensi omnium (XII, 31); L. 34, 50 C. de episcopis (I, 3); Nov. 123, c. 19.

4) §. 150 das. — War schon gemeinrechtlich. Weber, Lehnrecht, Bd. III, S. 58. — Hommel, Rhaps. obs. 742 u. A.

5) §. 151 a. a. O. Gehört nach R. R. zum pec. adventitium. §. 3 i. f. J. per quas personas (II, 9); L. 6 C. de bonis quae lib. (VI, 61).

6) §. 152 a. a. O. Gehört in dieselbe Kategorie.

7) §. 153 das. Gehört nach R. R. entweder zum pec. profectitium oder adventitium, je nachdem es vom Vater oder von Andern herkommt.

8) §. 154 das. — Nov. 117, c. 1.

9) §. 155 a. a. O. Nov. 117, pr.

10) §§. 158—167 a. a. O. Wenn der Geber einen andern Verwalter ernennt, so ist damit auch der Vater ausgeschlossen, folglich muß ein anderer Kurator bestellt werden, sobald der erste stirbt, wenn auch der Vater lebt.

11) §§. 156, 157 a. a. O. K. O. v. 7. Aug. 1821 (v. K. Annal. V, 525).

walt gegangen ist. 1. Von dem unfreien Vermögen hat der Vater, so lange seine Gewalt über das Kind dauert, die Verwaltung und den Nießbrauch[12]. 2. Wegen der Ansprüche aus dieser Verwaltung, nicht etwa auch wegen ererbter Forderung eines Dritten an den Vater[12a], haben die Kinder bei der Kollision mit andern Gläubigern das Vorrecht der Vierten (jetzt Dritten) Klasse[13]. Eine besondere Sicherstellung können sie in der Regel nicht fordern, doch gelten davon folgende Ausnahmen: a) wenn der Vater auf Behandlung oder Indult gegen seine Gläubiger anträgt; wenn Execution in seine Grundstücke oder Mobilien vollstreckt wird; wenn er sonst in Vermögensverfall zu gerathen anfängt; b) wenn er dem Fiskus oder einer Anstalt mit fiskalischen Rechten, durch Uebernahme einer Verwaltung oder Pachtung, verbunden ist oder wird, und dafür nicht eine besondere Kaution bestellt, vorausgesetzt, daß die Forderungen aus solcher Verwaltung vor den Kindern den Vorzug haben[14]. In diesen beiden Fällen wird dem Vater die Verwaltung abgenommen, wenn er keine Sicherheit leisten kann oder will, es wäre denn, daß er sonst die Bedienung nicht erlangen oder behalten würde und er außerdem für Unterhalt und Erziehung nicht gehörig sorgen könnte[15]. c) Wenn der Vater sich wieder verheirathet und Immobilien hat, so muß er das ganze dermalige Vermögen seiner Kinder darauf eintragen lassen; doch muß diese Hypothek bis auf die Hälfte des Werths der Grundstücke, auf Verlangen des Vaters, zurücktreten[16], in keinem Falle kann er jedoch dieselbe wieder löschen lassen oder die Löschung fordern, wenn er später das Grundstück verkauft[17].

---

12) §§. 168, 204 u. 205.

12a) Plenarbeschluß des Ober-Trib. v. 9. Mai 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 209); m. Beurtheilung, S. 551.

13) §. 177 das. S. o. §. 497.

14) Daher sind die gerichtlichen Salarien-Kassen-Rendanten zur Sicherstellung nicht verpflichtet, weil diese Kassen den Kindern nachstehen. A. G. O. I 50, §. 403. — R. v. 9. Oktbr. 1797 (N. C. C. Tom. X, S. 1437; Rabe, Bd. IV, S. 303).

15) §§. 178—183 a. a. O. — Anh. §§. 86—88.

16) §§. 187, 188 a. a. O. — II, 18, §§. 427, 428.

17) Das folgt aus dem Wesen der Kaution, zu deren Bestellung er verpflichtet war. II, 2, §. 188. Die Meinungen sind darüber verschieden. S. jedoch R. v. 27. April 1829 (Jahrb. Bd. XXXIII, S. 339); v. 31. Oktbr. 1834 (Jahrb. Bd. XLIV, S. 351) und Präj. des Ober-Trib. v. 30. April 1835 (Centralbl. 1837, S. 709). S. auch u. Note 20a.

Auch eine vertragsmäßig bestellte Sicherheit, wozu der Vater sonst nicht verpflichtet gewesen wäre, kann er später nicht einseitig zurücknehmen, weil Niemand sein Versprechen einseitig wieder brechen kann[18]. 3. Für die Sicherstellung in diesen Fällen haben, wenn die Kinder sich selbst nicht vorstehen können, zu sorgen: a) hauptsächlich der Vater bei Verlust seines Nießbrauchs; b) der gewesene Auseinandersetzungs-Kurator; c) das Vormundschaftsgericht von Amts wegen, sobald der Fall zu seiner Wissenschaft gelangt. Zu einer desfallsigen Anzeige bei demselben befugt sind: besonders die Mutter, dann der nächste Erbe der Kinder nach dem Vater; und verpflichtet dazu ist: jeder fiskalische Bediente, welcher dafür eine verhältnißmäßige Belohnung aus den Nutzungen erhalten soll; ferner auch diejenigen, welche dem Vater das die Kinder gefährdende Amt übertragen, und zwar diese bei eigener Haftung für den, durch die vorsätzlich oder aus grobem Versehen unterlassene Anzeige entstandenen, Nachtheil[19]. — In allen Fällen jedoch muß man sich mit einer solchen Sicherheit begnügen, als der Vater nach seinen Umständen aufzubringen vermag[20]. III. Der Vater ist in seiner Verwaltung frei von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, ausgenommen: a) wenn ein Kapital von dem Vater oder einem Dritten den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben[20a], oder die väterliche Verwaltung darüber eingeschränkt ist; b) wenn Grundstücke oder Gerechtigkeiten veräußert, verpfändet oder belastet werden sollen. In diesen Fällen ist zu

---

18) Auch darüber ist man nicht einig. Ein R. v. 25. Septbr. 1809 (Mathis, Bd. X, S. 334; Rabe, Bd. X, S. 158) hält die Zurücknahme für unbedenklich, ohne den entgegenstehenden Grund zu widerlegen. Was in der Hinsicht gesagt wird, sind Gründe der Pietät und Klugheit, durch welche die Vormundschaft bewogen werden kann, nachzugeben, wozu sie sich um so mehr bewogen finden wird, als die Kinder ja zur Unterstützung der Eltern, im Falle der Noth, verbunden sind.

19) II, 2, §§. 189—200.

20) II, 18, §. 483. Ein Prozeß über das quantum facere potest findet nicht statt.

20a) II, 2, §. 169. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. I, S. 106 ff. Unter den im §. 169 erwähnten Kapitalien der Kinder, sollen nach einem Plenarbeschlusse des Ober-Trib. v. 11. Mai 1846 auch solche verstanden werden, für welche vom Vater den Kindern besondere Sicherheit (Special-Hypothek) bestellt worden. Pr. 1806 (Pl.-Beschluß) v. 11. Decbr. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 60). — Nicht dazu zu rechnen aber ist ein für die Kinder eingetragenes Wiederkaufsrecht, zu dessen Aufgebung (Nichtausübung) der Vater keiner gerichtlichen Zustimmung bedarf. Ang. v. III S. des Ober-Trib. am 16. März 1849 in Sachen Aschmann c. Sturies, $^{755}/_{3010}$ III, 48.

den mit der Substanz vorzunehmenden Veränderungen die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, wenn die Kinder noch minderjährig sind; sonst müssen sie selbst einwilligen; auch wird dieselbe Einwilligung zur Begründung von Meliorationsforderungen erfordert[21]). c) Wenn der Vater wegen einer ihm obliegenden fiskalischen Amtsverwaltung Sicherheit bestellen sollte und ihm dieselbe aus Rücksicht für seine Erhaltung erlassen worden ist: in diesem Falle muß er dem Vormundschaftsgerichte jährlich ein Attest seiner Dienstbehörde über die Richtigkeit der Kasse und Rechnung vorlegen[22]). 5. Die Verwaltung wird dem Vater abgenommen: a) wenn er in einem der besonderen Fälle keine Sicherheit bestellen kann oder will; b) wenn ihm dieselbe erlassen ist und er die jährliche Vorlegung des Attestes über seine richtige Kassen- und Rechnungsführung unterläßt[23]). Auch den Nießbrauch verliert er: c) wenn er vorsätzlich versäumt, dem Gerichte den Eintritt eines solchen Falles, wo er Sicherheit bestellen muß, anzuzeigen[24]); und d) wenn er in Konkurs verfällt oder sonst außer Stand kommt, seine Kinder standesmäßig zu erhalten[25]). Die Kinder können, während sie in väterlicher Gewalt

---

21) §§. 169—175 a. a. O. Das Theilungsverfahren bei einem Miteigenthume der Kinder ist kein Veräußerungsfall in dem hier gemeinten Sinne. Auch in den unter die Vorschrift fallenden Veräußerungen werden öfter ganz mit Unrecht den Vätern von den Vormundschaftsgerichten Schwierigkeiten und Weiterungen gemacht, weil sich viele Richter durch die Rechtsansicht des J. M., wie sie in den Erlassen v. 31. Mai und 6. Juli 1819 und 12. August 1838 ausgesprochen ist, bestimmen lassen. Darnach soll nämlich zu den Erfordernissen einer gültigen Veräußerung durch den Vater die Aufnahme einer Taxe gehören, weil ohne eine solche die Nothwendigkeit der Veräußerung sich nicht prüfen lasse. Der Satz ist nach dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes unrichtig, und der angegebene Grund ist unlogisch. Unlogisch ist der Grund, weil die Taxe niemals ein Mittel sein kann, die Nothwendigkeit der Veräußerung zu beweisen. Die Anforderung überhaupt aber ist in dem Gesetze nicht begründet. Dieses gestattet nämlich, wie bei Mündelgütern, die Veräußerung nur wegen Nothwendigkeit und wegen Nützlichkeit. Die Ursachen, aus welchen eine Nothwendigkeit der Veräußerung zu entnehmen, sind II, 18, §§. 551—553 angegeben. Wenn nun bezüglich auf die Väter bestimmt ist: §. 172. „Das Gericht darf die Einwilligung nicht versagen, wenn der Vater die Nothwendigkeit der Veräußerung nachweist; §. 173. Außer dieser Einwilligung sind zur Gültigkeit deß Geschäfts keine weitern Förmlichkeiten erforderlich;" so ist handgreiflich, daß der Vater nur die Ursache, warum er verkaufen will, nachzuweisen hat. Das Uebrige geht das Gericht nichts an. Die Prüfung bezieht sich auf die Ursache der Nothwendigkeit. Anders bei der Veräußerung bloß aus Nützlichkeit.

22) §. 184 das. Die Rechnungsdecharche erfolgt oft erst nach Jahr und Tag.

23) §§. 182, 185, 267 das.

24) §. 200 a. a. O. Hierüber muß förmlich verfahren und erkannt werden.

25) §§. 204—208 und 268 das. Der Verlust des Nießbrauchs trifft außer

stehen, ohne Einwilligung des Vaters keinerlei Verfügung unter Lebendigen über dieses Vermögen treffen, doch aber können sie durch unerlaubte Handlungen den Nießbrauch des Vaters schmälern und ganz zu nichte machen, indem bestimmt ist, daß der dadurch Andern verursachte Schade, in Ermangelung eines freien Vermögens, sogleich aus dem unfreien ersetzt werden soll[26]). Ein dem Röm. peculium profectitium entsprechendes Vermögen der Kinder kommt nicht vor, sondern was dazu gehört, fällt unter das nicht freie Vermögen. Ein anderer erheblicher Unterschied wischen dem R. und Pr. R. besteht darin, daß nach dem Letzteren das Kind auch über das nicht freie Vermögen von Todes wegen verfügen kann[27]). Beides ist Folge des Wegfalls der Röm. Personeneinheit zwischen Vater und Kinde. Daraus folgt ferner auch, daß ein großjähriges Kind in väterlicher Gewalt mit dem Vater selbst über nicht freies Vermögen, ohne vorherige Entlassung aus der Gewalt, und ohne Unterschied des Geschlechts, Verträge schließen kann, ohne daß es eines Kurators bedarf[28]), und zwar in der im Allgemeinen vorgeschriebenen Form. IV. Die Ausschließung des Vaters von der Verwaltung und dem Nießbrauche des Vermögens seiner Kinder ist beschränkt. Zuerst wurde von Justinian der Mutter nachgelassen, dem Vater den Nießbrauch und die Verwaltung von dem Vermögen, welches sie den Kindern nachließ, zu entziehen[29]). Diese Satzung ging mit der Ausdehnung auf jeden Fremden in mehrere deutsche Statuten über[30]). Das A. L. R. gestattet die Ausschließung in Ansehung dessen, was den Kindern von Verwandten oder Fremden zugewendet wird[31]), selbst mit Entziehung der Aufsicht, welche ihm nach andern Statuten verbleibt[32]), auch wenn ihm der Nießbrauch gelassen ist[33]);

---

dem Falle des Konkurses den Vater alsdann nicht, wenn die Kinder aus den Einkünften ihres eigenen nicht freien Vermögens standesmäßig verpflegt und erzogen werden können. Pr. 1740, v. 23. April 1846.

26) §§. 201—203 a. a. O. Diese Bestimmung des §. 203 ist eine Singularität aus vermeintlicher Billigkeit.

27) §. 201 a. a. O. — I, 12, §§. 16 und 18.

28) II, 2, §§. 170, 175, 189, 190. Pr. 1641, v. 30. Oktbr. 1845.

29) Nov. 117, c. 1 u. Auth. excipitur C. de bonis quae libris.

30) Z. E. in die Magdeb. Pol. Ordn. c. 42, §. 4; und Hamburger Statut, P. 3, Art. 6, Tit. 7, doch verlangt das Letztere erhebliche Ursachen.

31) II, 18, §§. 37, 38, 175, 976 u. 979.

32) Z. B. Magdeb. Pol. Ordn. a. a. O.

33) A. L. R. a. a. O. §. 979.

nur mit der Einschränkung für Aszendenten, welche dem Kinde den Pflichttheil schuldig sind, daß sie Diesen auch dem Vater freilassen[34]).

§. 776.

IV. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

A. L. R. II, 2, §§. 210—270. — Schuetze, de origine et fatis doctrinae de egressu ex potestate parentum. Goett., 1798.

I. Die väterliche Gewalt hört auf: A. über einen Sohn: 1. durch Errichtung einer eigenen von den Eltern abgesonderten Wirthschaft und zwar: a) wenn der Sohn großjährig ist, auch ohne Einwilligung des Vaters, der Vater kann aber gerichtlich widersprechen, doch nur aus Gründen, aus welchen der Sohn für einen Verschwender erklärt werden könnte[1]); b) wenn der Sohn minderjährig ist, erst mit Erlangung der Volljährigkeit, im Falle er bis dahin die abgesonderte Wirthschaft fortgesetzt, ohne daß der Vater seinen Widerspruch gerichtlich erklärt und ihn zur Aufgebung der Wirthschaft thatsächlich angehalten hat[2]). 2) Durch den Anfang eines eigenen Gewerbes, und zwar: a) wenn der Sohn minderjährig ist, nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Vaters[3]). b) Der großjährige Sohn bedarf der Einwilligung nicht, die väterliche Gewalt hat aufgehört, selbst wenn der Sohn von dem Vater fortwährend durch Gebung des Tisches oder sonst unterstützt wird; der Sohn kann selbst die Gestaltung des eigenen Gewerbebetriebs, wenn er sich dadurch ohne weitere Unterstützung des Vaters ernähren kann, gegen den Willen des Vaters durchsetzen[4]). 3. Durch Uebernehmung eines öffent-

---

34) II, 2, §. 155. Dies stimmt mit der Meinung mehrerer Lehrer des G. R. überein, z. B. Stryck, U. m. Lib. 25, Tit. 3, §. 4. Entgegen: Schilter diss. 37, §. 23; Ludwig diss. VI, lit. cc.

1) §§. 210, 211 a. a. O. Durch bloßen Erwerb des Stadtbürgerrechts hört die väterliche Gewalt nicht auf. Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VII. S. 139.

2) §. 225 a. a. O. — Boehmer, de statu liberorum sui juris factorum per separationem. Halae, 1721; et in Exercit. I, p. 913 sqq.

3) §§. 218, 224 a. a. O. Die Bestimmung II, 8, §. 477 bezieht sich auf Bevormundete. — Zu solchen Gewerben gehört auch die Uebernahme einer Ackerwirthschaft. Pr. 1661, v. 6. Decbr. 1845 (Entsch. XII, 232).

4) §§. 212 a, 212 b, 213 das. — Sachs. Sp. B. I, Art. 11. — Boehmer, l. c. Cap. II, §. 51.

lichen Amts, wenn der Sohn großjährig ist, ohne Unterschied: ob er von dem Vater ferner gespeis't oder sonst unterstützt wird, oder nicht; der minderjährige Sohn geht hierdurch nicht aus der väterlichen Gewalt, auch wenn er zugleich eine eigene Wirthschaft anstellt [5]). In dieser Beziehung gilt das Referendariat [6]) und bei dem aktiven Militair die Stelle eines Premier- oder Seconde-Lieutenants nicht für ein Amt [7]); Gemeine und Unteroffiziere hingegen, welche auf Kapitulation dienen, gehen mit Erreichung der Großjährigkeit aus der väterlichen Gewalt [8]), und in Bezug auf die Entschließung zum Fortdienen gilt selbst der minderjährige Soldat für selbstständig [9]). 4. Durch ausdrückliche, bei dem Vormundschaftsgerichte mit Beistimmung des Sohnes erklärte Entlassung eines, volle zwanzig Jahre alten Sohnes. Dieselbe hat, wenn sie von dem leiblichen Vater, nicht aber wenn sie von dem Adoptivvater ausgeht, zugleich die in Beziehung auf Grundstücke und Gerechtigkeiten — die während der Minderjährigkeit nur mit Beitritt des Vaters verpfändet und veräußert werden können — beschränkten Wirkungen einer Majorennitätserklärung [10]), von dem Zeitpunkte der Insinuation des von dem Vormundschaftsgerichte darüber ausgefertigten Patents an [11]). Ein auf andere Weise der väterlichen Gewalt entlassener minderjähriger Sohn bleibt insoweit unter der Vormundschaft des Vaters, daß er Grundstücke und Gerechtigkeiten nur mit Genehmigung des Vaters veräußern, verpfänden oder belasten kann [12]). B. Bei Töchtern wird die väterliche Gewalt aufgehoben: 1. durch Verheirathung mit ertheilter oder richterlich ergänzter Einwilligung des Vaters, der jedoch natürlicher, durch

5) §§. 212 a, 212 b, 219 a. a. O.

6) R. v. 20. Septbr. 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 755; Mathis X, 35; Rabe, VIII, 677).

7) Anh. z. A. L. R. (II, 2, §. 212 b) §. 90. — R. v. 27. Juli 1821 (Jahrb. Bd. VIII, S. 18).

8) R. v. 13. März und 20. Oktbr. 1812 (Jahrb. Bd. II, S. 170).

9) K. O. v. 10. Febr. 1825 (G. S. S. 15).

10) §§. 214—217, 226 a. a. O. Anh. §. 101. Einer Prüfung der Nützlichkeit u. Genehmigung Seitens des Vormundschaftsgerichts bedarf es hier nicht. Die anscheinend widersprechende Bestimmung II, 18, §§. 715, 716 bezieht sich auf solche, über welche der Vater seine Gewalt verloren hat, z. E. Adoptirte, Anh. §. 101; und auf den Fall, wenn das Kind zur unbeschränkten Selbstständigkeit gelangen soll. §. 226 d. T. vergl. mit II, 18, § 724. Pr. des Otr. v. 3. Juni 1847 (XVIII, 289).

11) Entsch. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 384. Vergl. L. 5 C. de tempore in integrum (II, 53).

12) §§. 226, 227 a. a. O.

keine obervormundschaftliche Aufsicht beschränkter, und auch nicht erst zu bestätigender Vormund der Minderjährigen bleibt[12a]); 2. durch ausdrückliche Erklärung, die jedoch nicht, wie bei Söhnen, zugleich die Wirkung einer Majorennitätserklärung hat[13]). C. Bei Kindern beiderlei Geschlechts: 1. durch Verurtheilung des Vaters zu Zuchthausstrafe[14]), zu einer Einschließung von 10 Jahren und darüber; bei einer kürzeren, aber doch zwei Jahre übersteigenden Gefängnißstrafe ruht die väterliche Gewalt und lebt mit der Ueberstehung der Strafe sowie mit der Begnadigung wieder auf; unterdeß großjährig gewordene Kinder fallen jedoch nicht wieder unter dieselbe zurück[15]); 2. dadurch, daß der Vater gerichtlich für einen Verschwender erklärt wird; 3. dadurch, daß er in der Absicht, sich seinen Unterthanenpflichten zu entziehen, aus dem Lande entweicht; 4. dadurch, daß er die Kinder hülflos und ohne Aufsicht vorsätzlich verläßt. — In diesen Fällen erlangt er die väterliche Gewalt niemals wieder[16]). 5. Dadurch, daß er in Geisteskrankheit verfällt, doch erhält er mit der Wiederherstellung seine Rechte, in Ansehung der alsdann noch Minderjährigen, wieder[17]). 6. Durch den Tod des Vaters oder des Kindes[18]). II. Die Aufhebung hat folgende Wirkungen: 1. In den Fällen A und B hat der Vater dem Kinde a) das bisher verwaltete Vermögen desselben herauszugeben, wobei die für das Güterverhältniß zwischen Eheleuten geltenden Grundsätze, und zwar die von dem Vorbehalte der Frau auf das freie, und die von dem Eingebrachten auf das nicht freie Vermögen, angewendet werden[19]); b) eine Ausstattung und

---

12a) §§. 228 u. 229 d. T. Bei Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken und Gerechtigkeiten muß jedoch, bei Strafe der Nichtigkeit, die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts, in derselben Weise wie bei Kindern in väterlicher Gewalt, hinzukommen, nach §§. 170 ff. d. T. u. II, 18, §. 743, verbunden mit §. 229 d. T. Vergl. Pr. des Ober-Trib. v. 18. Juni 1850 (J. M. Bl. 1851, S. 282).

13) §. 230 a. a. O. — Anh. §. 91. Pr. 1977, v. 12. Febr. 1848.

14) Strafgesetzbuch §. 11.

15) §§. 255, 260, 265 a. a. O. Hierin hat das moderne Str. G. B. nichts geändert. Die Landesverweisung kommt als Strafe nicht mehr vor.

16) §§. 256—259 a. a. O. Religionswechsel ist kein Grund zur Entziehung der väterlichen Gewalt, es kann daher auch einem Juden die väterliche Gewalt über sein Kind, weil dasselbe Christ geworden, nicht genommen werden. Pr. 1793, v. 29. Oktbr. 1846 (Entsch. XIII, 323.)

17) §§. 261, 262, 265 das.

18) §. 270 a. a. O. Wegen des in dieser Stelle erwähnten bürgerlichen Todes s. o. §. 43, Bd. I, S. 146.

19) §§. 231, 275—293 a. a. O.

zwar dem Sohne zur ersten Einrichtung und zur Anschaffung der unentbehrlichen Geräthschaften für sein Gewerbe, und der heirathenden Tochter zur Hochzeit sowie zur ersten Einrichtung des Hauswesens zu geben, insoweit das Kind kein dazu hinreichendes eigenes Vermögen hat[20]). 2. In den Fällen C wird über die Minderjährigen eine Vormundschaft bestellt, die Nutzungen ihres Vermögens werden zu ihrer Verpflegung und Erziehung, dann zur Unterstützung des Vaters, insoweit er derselben bedarf, verwendet, und im Uebrigen zur Substanz geschlagen; der Vater hingegen wird, so lange er lebt, von seinen mit der väterlichen Gewalt verbundenen Pflichten und Lasten nicht befreit[21]).

Zweiter Abschnitt.

Bei andern Kindern.

§. 777.

1. Von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand.

A. L. R. II, 2, §§. 555—569.

In der Regel sollen von diesen Kindern dieselben Grundsätze gelten, welche bei rechten ehelichen Kindern vorgeschrieben sind[1]). Die Ausnahmen sind: 1. Die Kinder führen den Geschlechtsnamen der Mutter und treten in die mütterliche Familie, nehmen aber nicht Theil an den Rechten der Familie des Vaters und an dessen Stande[2]). 2. Der Vater hat über die Person der Kinder alle Rechte der väterlichen Gewalt; in Ansehung ihres Vermögens jedoch steht er bis zur Großjährigkeit derselben in dem Verhältnisse eines Vormundes und hat als solcher die Verwaltung unter

---

20) §§. 232—244 das. — S. o. §. 600, und wegen des Rechtsweges die Note 10 das. Der Vorbehalt der Anrechnung auf das in den Händen des Gebers befindliche Vermögen des Kindes, versteht sich stillschweigend von selbst, denn die Schuld des Gebers ist ein Umstand, der die Vermuthung der Absicht, zu schenken, ausschließt. I, 11, §. 1045.

21) §§. 263, 264, 269 a. a. O.

1) §. 555 a. a. O. Die erheblichen Ausnahmen lassen von der Regel wenig übrig.

2) §§. 557—560 das. Doch soll zwischen den ehelichen Kindern und den Kindern aus einer Ehe zur linken Hand die zwischen ehelichen Geschwistern bestehende Alimentationsverbindlichkeit gelten. §. 575.

Aufsicht des Vormundschaftsgerichts [3]). 3. Unterhalt und Erziehung haben die Kinder von den Eltern, und hauptsächlich von dem Vater, nur dem Stande der Mutter gemäß und, wenn Diese von bürgerlicher Abkunft ist, nur nach Art der Erziehung der Kinder eines Handwerkers, zu fordern [4]). 4. Nach demselben Verhältniß kann der Vater die künftige Lebensart des Kindes bestimmen und ist er dasselbe auszustatten schuldig. Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung oder vor der Ausstattung, so haben die Kinder das dazu Erforderliche aus dem väterlichen Nachlasse wie eine Schuld zu fordern [5]). 5. Wird die Ehe durch Scheidung getrennt, so muß die schuldige Mutter, eben so wie in einer rechten Ehe, den Kindern den Pflichttheil, und der schuldige Vater muß ihnen die gebührende Ausstattung aussetzen [6]).

§. 778.

2. Von unehelichen Kindern.

A. L. R. II, 2, §§. 592—665. S. die oben bei §. 767 angegebene Literatur.

I. Uneheliche Kinder führen den Geschlechtsnamen der Mutter und erhalten auch den Stand der Mutter zur Zeit der Geburt, mit Ausnahme des Adels und des Wappens; doch treten sie weder in die Familie des Vaters, noch in die der Mutter [1]), es besteht also kein Familienband zwischen ihnen und den ehelichen Kindern ihrer Eltern, nur mit den unehelichen, wenn auch von verschiedenen Vätern abstammenden, Kindern ihrer Mutter stehen sie in dem bürgerlichen Familien-Verhältnisse der Halbgeschwister von der Mutter-Seite [2]). Sie werden bis zum vollendeten 14ten Jahre in der Religion der Mutter, wenn aber diese eine Nichtchristin und der Vater ein Christ ist, in dem Glaubensbekenntnisse des Vaters erzogen [3]). II. Der Vater hat keine Gewalt über die

3) §§. 561, 566—569 das. Eine ungerechtfertigte Beaufsichtigung.

4) §§. 562—564 a. a. O.

5) §§. 565, 570—574 das. Ueber den Betrag müssen Gutachter gehört werden, nachdem zuvor die Laufbahn von dem Vormund bestimmt worden ist.

6) §§. 590, 591 a. a. O.

1) §§. 639 — 641 a. a. O. Sie sind mithin der Anfang einer neuen Familie.

2) II, 3, §§. 6—8. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. VI, S. 189.

3) II, 2, §§. 642, 643.

Person des Kindes; uneheliche Kinder stehen immer unter Vormundschaft[4]. III. Das Erziehungsrecht, und was daraus folgt, haben beide Eltern, und zwar die Mutter bis zum zurückgelegten vierten Jahre des Kindes auf Kosten des Vaters, und auf eigene Kosten auch noch nachher; soll der Vater die Kosten länger tragen, so kann er oder der zur Verpflegung verpflichtete väterliche Aszendent das Recht persönlich ausüben[5], doch immer mit Vorbehalt obervormundschaftlicher Aufsicht und, wo nöthig, abändernder Bestimmung[6]. IV. Der Unterhalt und die Erziehung unehelicher Kinder liegt beiden Eltern, vorzüglich dem Vater ob, in der Regel nur bis zum zurückgelegten 14ten Jahre, nach dieser Zeit nur, wiefern dieselben durch Krankheit oder Gebrechlichkeit außer Stande sind sich zu ernähren, oder die Lebensart, für welche der Vater das Kind bestimmt hat und erziehen lassen, dem Kinde noch nicht gestattet, seinen Unterhalt zu verdienen; jedenfalls hat der Vater das Lehr- und Lossprechegeld zu bezahlen, wenn die Vormundschaft das Kind zu einem Handwerke gegeben hat[7]. Zur Ausstattung ist der Vater nicht verpflichtet[8]. V. Die Vaterschaft bei unehelichen Kindern wird festgestellt: 1. durch freiwilliges ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß des Vaters[9]; 2. durch ein noch bei Lebzeiten des Vaters erstrittenes Urtel, mit Hülfe der rechtlichen Vermuthung, daß der Beischläfer der Erzeuger gewesen sei, wenn die Niederkunft innerhalb des 210ten und 285sten Tages nach dem Beischlafe erfolgt ist und der Einwand, daß die Mutter um die Zeit der Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten habe, nicht gemacht oder nicht bewiesen ist[10]. Doch hat die Praxis in letzter Instanz angenommen, daß zur Begründung des gesetzlichen Erbrechts eines

---

4) §. 644, 614—616 das. — Steht die Mutter in väterlicher Gewalt, so ist der mütterliche Großvater natürlicher Vormund. Anh. §. 95. Dieser ist der obervormundschaftlichen Kontrole nicht unterworfen. Pr. 97, v. 10. Novbr. 1835.

5) §§. 645, 621—623, 628 das. — S. o. §. 595, und Entsch. des Ober-Trib. VIII, 334.

6) §§. 624, 625 a. a. O.

7) §§. 612, 613, 633—637 das. — S. o. §. 595, II, S. 282.

8) §. 612 a. a. O.

9) §. 654 das. — Anh. §. 98. Simon, Rechtsspr. Bd. 1, S. 171. Pr. 16 v. 1833 u. Pr. 149, v. 30. Januar 1837.

10) §§. 653, 654 a. a. O. — II, 1, §. 1077. — M. Aufsatz im Schles. Arch., Bd. V, S. 185 ff. — S. o. §. 767, Note 17.

unehelichen, von dem vorgeblichen Vater nicht freiwillig anerkannten Kindes in den Nachlaß dieses Vaters nicht hinreichend sei, wenn der Letztere durch ein gegen ihn ergangenes Erkenntniß rechtskräftig für den Vater erklärt und zur Alimentation des Kindes verurtheilt worden ist; daß vielmehr dem Kinde in dem ergangenen Erkenntnisse das Erbrecht ausdrücklich vorbehalten sein müsse [11]. Dieser Schluß ist unlogisch, da die Vaterschaft der Verpflichtungsgrund ist (§. 593, 595).

§. 779.

3. Von Pflegekindern.

A. L. R. II, 2 §§. 753—773. Ganz neu.

Unter Pflegekindern werden nicht bloß Findlinge, sondern überhaupt solche Kinder verstanden, welche, verlassen von Denjenigen, denen die Ernährung und Erziehung gesetzlich obliegt, von Jemand in Pflege genommen werden. I. Durch eine solche Aufnahme, für welche keine Form vorgeschrieben ist, wird ein dem Verhältnisse zwischen eheleiblichen Eltern und Kindern Aehnliches, in Ansehung der Person, begründet, welches jedoch von Seiten der Pflegeeltern willkührlich wieder aufgehoben werden kann [1]. Die leiblichen Eltern können die Wiederauslieferung des Kindes nur gegen Erstattung der bisherigen Verwendungen fordern, weil die Pflegeeltern ein Recht auf die Hausdienste des Kindes, nach vollendeter Erziehung, haben [2]. Hinsichtlich der religiösen Erziehung ist es wie bei eheleiblichen Kindern [3]. Die Pflegeeltern sind dem Kinde eine ihrem Stande angemessene Erziehung zu geben schuldig; ist jedoch das Kind von geringerer oder unbekannter Herkunft, so steht die Art der Erziehung und des Unterhalts in ihrem Belieben [4]. Die künftige Lebensart des Kindes bestimmt der Pflegevater und bei der Verheirathung ist seine und nicht der leiblichen Eltern Einwilligung erforderlich [5]. II. In Ansehung des Vermögens hat

11) Plenarbeschl. v. 2. April 1849 (Entsch. des Ober-Trib., Bd. XVII, S. 513).

1) §§. 753, 771 a. a. O.

2) §§. 764, 765, das. Die leiblichen Eltern haben dabei keine Stimme.

3) Anh. z. A. L. R. (II, 2, §. 754) §. 104.

4) §§. 755, 756 a. a. O. Das Verhältniß ist ein Faktum.

5) §§. 757, 758 das. Auch wenn das Kind bevormundet ist.

der Pflegevater gar keine Rechte; es ist damit wie bei Adoptivkindern [6]). III. Verwandtschafts- oder Familienverhältnisse entstehen gar nicht; die dem Kinde außer dem Unterhalte und der gewöhnlichen Kleidung gegebenen Geschenke können die Pflegeeltern, wenn das Kind stirbt, aus dem Nachlasse zurücknehmen [7]). IV. Pflegekinder gemeiner oder unbekannter Herkunft müssen den Pflegeeltern, nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre, zur Vergeltung so viele Jahre, gegen den üblichen Lebensunterhalt des Gesindes, im Hause oder in der Wirthschaft dienen, als sie vorher verpflegt worden. Diese Verbindlichkeit erlischt mit dem Tode der Pflegeeltern, oder wenn sich Gelegenheit zu einer Heirath für das Kind findet, oder wenn die Pflegeeltern ihre Rechte so mißbrauchen, daß Leben, Ehre, Gesundheit, Sitten oder Gewissensfreiheit des Kindes gefährdet werden [8]). Entlassen die Pflegeeltern das Kind vor dem 14ten Jahre, so haben sie wegen des bis dahin Geleisteten gar nichts zu fordern [9]).

Drittes Kapitel.

Gesinde-Verhältniß.

A. L. R. II, 5. — An die Stelle des subsidiarischen Landrechts und der einzelnen Provinzial-Gesinde-Ordnungen ist, nach Aufhebung der Unterthänigkeit, eine neue, wenig modifizirte Redaction des fünften Titels, II. Theils des A. L. R. als „Gesinde-Ordnung für sämmtliche Provinzen der Preußischen Monarchie" getreten, welche mittelst Patents vom 8. November 1810 (G. S. S. 101) für den ganzen Staat, in seinem damaligen Umfange, als Prinzipalrecht vorgeschrieben und später, mit dem A. L. R. zugleich, in die neuen und wieder erworbenen Landestheile eingeführt worden ist. Dieser Theil des Rechtsstoffs gilt mithin im ganzen Lande da, wo das A. L. R. Gesetzeskraft hat, als Prinzipalrecht. — Nach der Zeit ist, unterm 11. April 1845, für Neu-Vorpommern und das Fürstenthum Rügen eine besondere Gesindeordnung gegeben, (G. S. S. 391). — Für die Landestheile des französischen Rechts steht eine solche noch in Aussicht. — J. H. W. Kirchhoff, Gesinderecht nach den Grundsätzen des allgemeinen und Preußischen Rechts, und mit vorzüglicher

---

6) §§. 759, 760 das.

7) §§. 761—763 das. Dergleichen Gegenstände sind also nur als geliehen zu betrachten.

8) §§. 764 — 770 a. a. O. Hierüber entscheidet das Vormundschafts-Gericht

9) §. 771 das. Versteht sich wegen Mangels jeder causa von selbst.

Berücksichtigung der Provinzialgesetze und Statute in Neuvorpommern und Rügen. Stralsund, 1835. — Im Uebrigen besteht die reiche Literatur nur aus Sammlungen von polizeilichen Erlassen und populairen Schriften. Von den Sammlungen ist vorzugsweise anzumerken: Dr. L. Hoffmann, die allgemeine Preuß. Gesindeordnung, nebst ihren Ergänzungen und Erläuterungen. Ein Handbuch für Polizeibehörden, Magisträte und Dienstherrschaften. Berlin, 1840. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur: Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechtes. Erlangen, 1794. — Krünitz, das Gesindewesen nach Grundsätzen der Oeconomie und Polizei. Berlin, 1799.

§. 780.

Einleitung.

Seitdem die Leibeigenschaft, bekannt unter dem mildern Ausdrucke der Unterthänigkeit, aufgehoben worden, ist das Gesindeverhältniß nirgend im Lande mehr bloß ein Zustandsverhältniß, sondern zusammengesetzt aus Zustands- und aus Forderungsrechten, und bildet so den Uebergang von dem Familienrechte zu dem Forderungenrechte (§. 706). Es beruhet zwar durchaus nicht auf irgend einer Art von erblicher Unterwürfigkeit, kann vielmehr nur durch freie Uebereinkunft, und nur auf eine voraus bestimmte oder von beiderseitiger Aufkündigung abhängige Dauer begründet werden, aber das Gesinde übernimmt dadurch nicht lediglich gewisse obligatorische Leistungen, sondern tritt in den Hausstand des Dienstherrn, wird ein zu Dienstleistungen bestimmter vertragsmäßiger Genosse der Familie desselben *), und unterwirft seine ganze Person in gewisser Hinsicht der Botmäßigkeit und häuslichen Disziplinargewalt des Hausherrn, vermöge welcher Unterwerfung die Herrschaft Gehorsam und Ehrerbietung von dem Gesinde fordern und selbst die Person des Dienstboten gegen Dritte verfolgen kann**). Deswegen betrachtet die Gesetzgebung mit Recht das Gesindeverhältniß als dem Familienrechte angehörig***). Die Dienerschaft zerfällt in drei Klassen: in gemeines Gesinde, d. i. dasjenige Personale, welches die in dem Haushalte oder in der Wirthschaft

*) Deshalb können z. B. die von einer Privatgesellschaft (Markgenossen, Gewerkschaften, Aktionairen rc.), welche nicht unter sich eine Familie bildet, angenommenen Beamten weder zu dem gemeinen Gesinde, noch zu den Hausofficianten gezählt werden. Pr. 1089, v. 8. Januar 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 219.)

**) Gesindeordnung §§. 9, 11, 27, 76.

***) I, 1, §. 4. Vergl. Proz.-O. Tit. 27, §. 13.

vorkommenden mechanischen Verrichtungen ausführt; in Aufseher und solche Diener, welche für gewisse, technisch zu treibende, Geschäfte in der Haushaltung oder Wirthschaft angenommen sind; und in solche Diener, welche nicht für eigentliche Haushaltungs- oder Wirthschaftsgeschäfte, sondern zu Leistungen in Künsten und Wissenschaften in die Familie aufgenommen sind. Auf die beiden letzten Klassen beziehen sich einige besondere Grundsätze, weshalb von jeder Klasse für sich zu handeln ist. Anzuhängen sind die Vorschriften über die von Fremden in das Land gebrachten Sklaven

I. Vom gemeinen Gesinde.

§. 781.

1. Begründung des Verhältnisses.

Das Verhältniß wird begründet durch einen Vertrag, wodurch der Dienstbote die Verrichtung gewisser häuslicher oder wirthschaftlicher Dienste auf eine geradezu bestimmte oder von einer gewissen Aufkündigung abhängig gemachte Zeit übernimmt, und die Herrschaft eine bestimmte Belohnung dafür zu geben verspricht [1]) I. Die Erfordernisse sind: 1. Auf Seiten der Herrschaft muß der Vertrag in der Regel von dem Manne geschlossen werden [2]). Ausnahmen finden statt: a) wenn die Frau den Mann in Krankheits- oder Abwesenheits-Fällen in der häuslichen Verwaltung zu vertreten befugt ist (§. 572); b) wenn weibliche Dienstboten anzunehmen sind: diese kann die Frau miethen, doch darf sie der Mann, nach seinem Befinden, noch vor der verabredeten Zeit, nach gesetzmäßiger Aufkündigung, entlassen [3]). 2. Auf Seiten des Dienstboten muß entweder Selbstständigkeit, oder Zustimmung derjenigen Person, welcher er unterworfen ist, vorhanden sein; diese Einwilligung ist jedoch nur bei der ersten Vermiethung erforderlich; dagegen müssen Dienstboten, welche schon vermiethet gewesen sind, von der letzten Herrschaft wirklich entlassen worden sein. Fehlt es an

---

1) Ges.-Ordn. §. 1. Säugammen gehören also nicht zum Gesinde.

2) Ebendas. §. 2. Oder von dessen Haus- oder Wirthschaftsaufseher.

3) §§. 3, 4 das. — Die Berechtigung der Frau zum Miethen des Hausgesindes ist altes deutsches Recht. Grimm, Alterthümer, S. 447.

der ersten Einwilligung der Machthaber über die Person, oder an der Entlassung der letzten Herrschaft, so kann der Dienstbote durch den Berechtigten von dem Miether abgefordert werden, und der Miether, welcher, ohne sich die erforderlichen Bescheinigungen beibringen zu lassen, gemiethet hat, wird polizeilich bestraft[4]). 3. Der Dienstbote muß noch frei sein, d. h. noch nicht mit einer andern Herrschaft ein Miethsverhältniß geschlossen haben, sonst kann die ältere Herrschaft den Dienstboten von der neuern, bei der er den Dienst angetreten hat, mittelst des gegen die Herrschaft zu richtenden interdictum de liberis ducendis utile und der damit zu kumulirenden, aber gegen den Dienstboten gerichteten actio de statu herile, abfordern und der Dienstbote wird polizeilich gestraft[5]). 4. Der Lohn, wozu auch Beköstigung oder Kostgeld gehört, muß bestimmt sein; sonst geht es nach der Ortsgewohnheit, worüber die Polizei zu befinden hat. Das Versprechen von Weihnachts-, Neujahrs-, Markt- und dergleichen Geschenken ist unverbindlich, und das Gegebene kann auf den Lohn angerechnet werden, wenn das Verhältniß, durch Schuld des Gesindes, vor der Zeit aufgehoben wird. Die Livree, mit Ausnahme der besondern Staatslivree, Mäntel, Kutscher-Pelze und dergleichen, wird mit Ablaufe der bestimmten oder ortsgewöhnlichen Tragezeit, als Theil des Lohns, Eigenthum des Dienstboten[6]). 5. Bestimmung der Dauer. Auf immerwährende Zeit kann sich Niemand vermiethen. Ist der Vertrag von einem minderjährigen Dienstboten, wenngleich mit Zustimmung des Vaters oder Vormundes, auf eine über die Minderjährigkeit hinaus reichende Zeit geschlossen, so kann der Dienstbote bei Erlangung der Großjährigkeit den Dienst aufkündigen. Ist über die Dauer nichts verabredet, so versteht sich bei solchem Gesinde, welches zu häuslichen oder die Person der Herrschaft und der Familienglieder angehenden Diensten gemiethet ist, eine vierteljährige und bei einem für die Landwirthschaft bestimmten Dienstboten eine einjährige Dauer[7]). II. Als Form ist das Geben und

4) §§. 5—12 a. a. O.

5) §§. 27—31 a. a. O. Diese Streitigkeiten werden durch die Polizei geschlichtet.

6) §§. 32—39 a. a. O.

7) §§. 40, 41, vergl. mit §§. 55, 102 a. a. O. Der I. Senat des Ober-Trib. hat jedoch angenommen, daß die Frage: ob ein Gesinde zum Land- oder Stadt- (ländlichen oder städtischen) Gesinde zu rechnen, nach dem Orte wo? nicht nach der Art wie? gedient wird, zu entscheiden sei. Pr. 2099. Stimmt nicht mit dem Leben, auch nicht mit der Grundansicht der Gesetzgebung in anderer Beziehung. S. Pr. O. Tit. 50, §. 393, Nr. 5.

Nehmen des Miethsgeldes vorgeschrieben [8]). Der Betrag ist der Uebereinkunft überlassen. Das Miethsgeld wird auf das Lohn angerechnet, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist, und auch in diesem Falle, wenn das Gesinde aus eigener Schuld die verabredete Zeit nicht aushält [9]).

2. Wirkungen.

§. 782.

a. Zustandsrechtliche Wirkungen.

I. Das Gesinde ist der Herrschaft Gehorsam, Ehrerbietung und besondere Treue schuldig, und darf sich nicht eigenmächtig von Hause entfernen [1]). Die Herrschaft hat zwar keine eigentliche Disziplinargewalt über das Gesinde, aber das Gesinde darf, wenn Es die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn reizt und darauf von ihr gescholten oder mit geringen Thätlichkeiten behandelt wird, nicht wegen Beleidigung klagen, oder sich thätlich widersetzen [2]). Vergehungen des Gesindes gegen die Botmäßigkeit der Herrschaft werden an ihm, bis auf 14 Tage Gefängniß oder 5 Thlr. Geld, polizeilich bestraft [3]). Widersetzlichkeiten und zur Gewohnheit gewordenes Auslaufen kann die Herrschaft selbst, durch sofortige Entlassung des Dienstboten, ahnden [4]). II. Die Herrschaft ward sonst nach deutsch-rechtlicher Ansicht durch die dem Gesinde, in Beziehung auf das Dienstverhältniß, zugefügten Injurien, mittelbar beleidigt und konnte auf Bestrafung des Beleidigers klagen,

---

8) §§. 22, 23 das. Das G. R. kennt keine Form. Daher die abweichende Bestimmung des §. 23 der neuen Ges.-Ordnung für Neuvorpommern.

9) §§. 24—26 a. a. O.

1) §§. 70—76 das. — Hagemann, Landwirthsch. R. §. 60 Nr. 1.

2) §§. 77—79 das. — Schles. Arch. Bd. II, S. 571. — Struben, rechtl. Bed. Bd. III, Nr. 39.

3) §§. 80, 81 a, a. O. R. v. 17. April 1812.

4) Ges.-Ordn. §§. 117 flg. Die rheinländischen Verfasser des Strafgesetzbuches haben, nach französischer Rechtsanschauung, hier einen Grundzug des deutschen Gesinde-Verhältnisses ausgelöscht, indem sie das für sie nicht erkennbar gewesene Recht der auf Zustandsrechten ruhenden hausherrlichen Botmäßigkeit, kleine Diebereien und Veruntreuungen ohne Einmengung des Richters abzuthun, ausgemärzt haben. Str. G. B. §. 229. Vergl. das A. L. R. II, 20, §. 1138. Durch dieses neue Muster von Str. G. B. ist ganz unversehens und den Verfertigern unbewußt manches Loch in das auf deutschen Ansichten beruhende Privatrecht gekommen.

wenn auch der beleidigte Dienstbote die Injurien nicht rügen konnte oder wollte[5]). Sie hat das Gesinde zum öffentlichen Gottesdienste anzuhalten[6]) und ist ihm Schutz schuldig, gegen zur Familie gehörige Personen, vor Angriffen auf die Züchtigkeit und Anmuthungen zu unerlaubten oder unsittlichen Handlungen[7]). Sie ist auch verpflichtet, so lange das Dienstverhältniß dauert, für den kranken Dienstboten, auch wenn er sich die Krankheit nicht durch den Dienst, oder bei Gelegenheit desselben, zugezogen hat, hinsichtlich der Kur und Verpflegung in dem Falle zu sorgen, wo er keine dazu gesetzlich schuldige und vermögliche Verwandten in der Nähe hat und auch keine öffentliche, zur Aufnahme solcher Kranken bestimmte, Anstalten vorhanden sind; und sie kann nur die Kurkosten von dem laufenden Lohne für die Periode, in welche die Krankheit fällt, abziehen, nicht aber Ersatz aus den Rückständen durch Kompensation nehmen oder aus dem sonstigen Vermögen des Dienstboten fordern[8]). III. Der Dienstbote ist ein Bestandtheil des Hausstandes der Herrschaft, kann als solcher von jedem Dritten abgefordert werden (§. 781, I, 3), und ist zwar nicht zeugnißunfähig aber doch nicht völlig glaubwürdig in Sachen seiner Herrschaft[9]).

§. 783.

b) Obligatorische Rechte.

I. Das Gesinde hat folgende Verbindlichkeiten: 1. Es muß zur bestimmten Zeit anziehen und den Dienst antreten, sonst findet polizeilicher Zwang statt. Ist dieser erfolglos, so muß das Gesinde das Miethsgeld zurückgeben und der Herrschaft Dasjenige ersetzen, was ein anderer Dienstbote mehr kostet; ist Es durch Zufall verhindert, oder weiset es nach, daß die Herrschaft im letzten

---

5) II, 20, §§. 566, 568. Auch das hat man nach seiner Weise durch Str. G. B. §. 162 verbessert.

6) Ges.-Ordn. §. 84. Die Satzung ist ohne praktische Folge.

7) Ebendas. §§. 138, 136. Die Verletzung dieser Pflicht führt praktisch zur Aufhebung des Verhältnisses.

8) §§. 88—93 das.

9) A. G. O. I, 10, §. 233, Nr. 5. — Ist nach G. R. streitig. Leyser, Med. sp. 283 m. 13; Hommel, Rhaps. Obs. 56 et 211 v. famuli. — Glück, Erläut. Th. XXII, S. 157 flg.

Jahre dem Gesinde Ursache zum sofortigen Abzuge gegeben hat: so genügt die Rückgabe des Miethsgeldes; kann ein weiblicher Dienstbote vor dem Dienstantritte heirathen: so darf er eine andere taugliche Person stellen oder nach einem Vierteljahre, bei Landwirthschaften nach einem halben Jahre, wieder abziehen[1]). 2. Es darf den angetretenen Dienst nicht früher verlassen, als bis es bei der neuen Herrschaft anziehen muß, wenn der Dienst nicht schon früher beendigt ist; sonst hat die Herrschaft die Wahl, das ausgetretene Gesinde durch polizeilichen Zwang zur Fortsetzung des Dienstes anhalten zu lassen, oder ein Anderes anzunehmen und Schadensersatz und Mehrkosten zu fordern auch Polizeistrafe eintreten zu lassen[2]). 3. So lange das Verhältniß dauert, muß das Gesinde, welches nicht ausschließlich zu gewissen bezeichneten Diensten gemiethet ist, alle häuslichen, und wenn es in eine Landwirthschaft gemiethet ist, alle zu derselben gehörigen, erlaubten Geschäfte, nach der Anordnung des Hausherrn, persönlich, mit Treue, Fleiß und Aufmerksamkeit verrichten, und auch solches Gesinde, welches für eine bestimmte Art von Diensten angenommen ist, muß noch andere Dienste verrichten, wenn das dazu bestimmte Nebengesinde verhindert wird[3]). 4. Der Dienstbote muß dabei für Vorsatz, grobes und mäßiges Versehen haften; für ein geringes Versehen nur dann, wenn er gegen den ausdrücklichen Befehl der Herrschaft gehandelt, oder zu solchen Diensten, welche einen vorzüglichen Grad von Aufmerksamkeit erfordern, sich vermiethet hat[4]). 5. Die Herrschaft kann sich wegen des Schadensersatzes an den Lohn des Gesindes halten, und wenn dieser und die übrigen Habseligkeiten des Dienstboten unzureichend sind, muß Derselbe die Schuld abdienen[5]). II. Die Herrschaft ist dem Gesinde Folgendes schuldig: 1. Sie muß den gemietheten Dienstboten mit dem bestimmten Antrittstage aufnehmen und bis zu Ende der verabredeten oder sich von selbst verstehenden Zeit behalten, ausgenommen, wenn das Gesinde zuerst den Antritt des Dienstes ver-

---

1) Ges.-Ordn. §§. 42, 43, 45, 51—55. Wegen des ländlichen Gesindes s. m. oben Note 7 zu §. 781.

2) Ebendas. §§. 44, 167, 168. Auch im Falle des Zwanges muß für das Versäumte Ersatz geleistet werden.

3) §§. 56—64 das.

4) §§. 65—67 das. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 60, Nr. 1.

5) §§. 68, 69 a. a. O. Ueber das Vorzugsrecht der Herrschaften im Konkurse des Gesindes s. o. §. 498. V.

weigert oder wenn die Herrschaft einen gültigen Grund hat, den Vertrag sogleich aufzuheben (§. 784), in welchen Fällen das Gesinde das Miethsgeld zurückgeben muß. Weigert die Herrschaft die Annahme oder entläßt sie das Gesinde vor der Zeit ohne rechtlichen Grund: so muß das Gesinde sogleich nach der Weigerung oder Entlassung bei der Polizei antragen, daß die Herrschaft bei befundener Grundlosigkeit der Weigerung zur Annahme und beziehlich Wiederaufnahme angehalten werde, was natürlich nur so lange ausführbar, als die Dienstzeit noch nicht abgelaufen ist [6]). Wird das Gesinde wieder aufgenommen, so hat Es weiter Nichts zu fordern; leistet aber die Herrschaft der polizeilichen Aufforderung nicht Folge: so verliert sie das Miethsgeld und muß dem Dienstboten auf die noch bevorstehende Dienstzeit Lohn, Livree und Kostgeld geben, doch kommt ihr darauf zu statten, was der Dienstbote durch ein anderes Unterkommen erhält [7]). Die Klage des Gesindes auf Entschädigung für die übrige Dienstzeit wurde, nach einer sehr verbreiteten Ansicht, nur dann für zuläßig erachtet, wenn das Gesinde sich zuvor an die Polizeibehörde gewandt hatte und die Herrschaft von Dieser zur Wiederaufnahme vergeblich aufgefordert worden war. Diese Ansicht ist durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals, wonach die Klage auch dann, wenn der Dienstbote die Einwirkung der Polizeibehörde Behufs der Wiederaufnahme ohne Erfolg in Anspruch genommen hat, zuzulassen werden soll, verdrängt [7a]). Diese polizeiliche Hülfe kann noch während der ganzen kontraktlich bestimmten Dauer der Dienstzeit, Behufs Fortsetzung des Dienstes oder Entschädigung für die übrige Dienstzeit, in Anspruch genommen werden [7b]). 2. Sie muß Lohn und Kleidung zu den bestimmten Zeiten entrichten und die versprochene Kost in gesunder und genießbarer Beschaffenheit und in zureichender Menge geben; mehr als ausbedungen ist sie auch für außerordentliche Dienste, z. B. bei Krankheiten, nicht

---

6) Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 61 flg.

7) Ges.-Ordn. §§. 47—50, 160—166. — Schles. Arch. Bd. I, S. 503. — Entsch. des O.-Tr. a. a. O. — Von der Verpflichtung des Dienstherrn gegen den unzeitig, ohne hinlängliche Ursachen entlassenen Dienstboten; in Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. I, Nr. 25.

7a) Plenarbeschluß vom 11. Decbr. 1846 (Just.-Min.-Bl. für 1847, S. 94) u. Entsch. Bd. XIV, S. 81).

7b) Präj. des Ober-Trib. 2098, v. 20. Decbr. 1848.

schuldig[8]). 3. Sie darf dem Gesinde nur nach Maßgabe seiner Leibesbeschaffenheit und Kräfte Dienste zumuthen[9]). 4. Sie muß den durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben krank gewordenen Dienstboten auf ihre Kosten heilen und verpflegen lassen und darf ihm auf die dazu erforderliche Zeit von dem Lohne nichts abziehen[10]); ein dergleichen Abzug findet auch nicht statt, wenn das Gesinde außerdem durch Krankheit ohne eigene Schuld an seiner Dienstverrichtung verhindert wird, nur kann die Herrschaft sich die verwendeten Kurkosten aus dem laufenden Lohne erstatten[11]). Ueber die Dauer des Verhältnisses hinaus ist die Herrschaft für Kurkosten und nothdürftigen Unterhalt des Gesindes nur unter eben denselben Voraussetzungen zu sorgen schuldig, unter welchen ein Machtgeber den dem Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Auftrags durch Unfall zugestoßenen Schaden ersetzen muß[12]). 5. Das Gesinde hat, wegen seiner Forderungen aus dem Dienstverhältnisse, in dem Konkurse über das Vermögen der Herrschaft das Vorrecht der Zweiten Klasse, und das Landwirthschaftsgesinde hat selbst ein Realrecht an das Grundstück vor den Hypothekarien (§§. 493 und 496).

3. Auflösung des Verhältnisses.

§. 784.

a) Beendigungsarten.

Das Verhältniß hört auf durch den Tod des Gesindes und durch den Abschied. Der Ablauf der Dienstzeit ist für sich keine Auf-

---

8) §§. 82, 83 a. a. O. — Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 80.

9) §. 85 a. a. O.

10) §§. 86, 87 das. „Bei Gelegenheit des Dienstes krank werden" ist unbestimmt. Es ist doch wol jedenfalls eine ursachliche Verbindung gemeint. Der Ausbruch einer Krankheit, gerade bei einer dienstlichen Verrichtung, kann der Herrschaft wol keine Verbindlichkeit auflegen, wenn die Ursache eine andere ist.

11) S. o. §. 782, II. Ist nach G. R. streitig. Hommel, Rhaps. Obs. 332; Leyser, Med., sp. 212 m. 5; Kind, Quaest. for. Tom. II, c. XXII und A. suchen den von dem Pr. R. angenommenen Satz zu begründen und sind daher als Quelle des Pr. R. anzusehen. Andere bestreiten ihn, wollen aber doch wegen kurzer Dienstunfähigkeit, nach Analogie L. 27 D. locati cond. (XIX, 2), einen Abzug nicht gut heißen. S. bes. Struben, rechtl. Bed. Bd. III, Nr. 69. Aus dem Gesichtspunkte der bloßen Dienstmiethe (locatio conductio) ist das richtig; aber dieser ist bei der rechtlichen Beschaffenheit des Verhältnisses nach Pr. R. nicht entscheidend, sonst müßten auch alle übrige zustandsrechtliche Wirkungen (§. 782) wegfallen.

12) Ges.-Ordn. §§. 94, 95. — A. L. R. I, 13, §§. 80, 81. — S. o. §. 657.

hebungsart. I. Stirbt der Dienstbote, so erlischt damit das ganze Verhältniß, und weder die Herrschaft hat Obliegenheiten mehr, selbst hinsichtlich des Begräbnisses, noch sind die Erben in dienstlicher Beziehung für Etwas weiter zu sorgen schuldig, nur versteht sich, daß die aus dem Verhältnisse bereits entstandenen Schulden wie die Forderungen auf sie übergehen. Lohn und Kostgeld haben sie nicht bis zum Todestage, sondern nur bis zum Krankenlager zu fordern [1]). II. Der Abschied besteht in der rechtmäßigen Verlassung des Dienstes und kann aus rechtlichen Ursachen, wider den Willen des andern Theils, gegeben oder gefordert werden. Das abziehende Gesinde ist schuldig, Alles, was ihm in Folge des Dienstverhältnisses anvertraut worden, vor Verlassung des Dienstes zurückzuliefern oder das durch seine Schuld daran Fehlende und Beschädigte zu ersetzen [2]). Die Herrschaft ist dagegen schuldig, dem Gesinde ein schriftliches Zeugniß über den Abschied und über die ihr geleisteten Dienste zu ertheilen [3]). Wird darin dem Gesinde wahrheitswidrig Etwas zur Last gelegt, was dessen Fortkommen hindert, so kann das Gesinde sich von der Polizei, welche die Sache zu untersuchen hat, ein der Wahrheit gemäßes Zeugniß, auf Kosten der Herrschaft, ausfertigen lassen; hat dagegen die Herrschaft einem lasterhaften oder ungetreuen Gesinde, wider besseres Wissen, die entgegengesetzten Tugenden bezeugt, so wird

---

1) Ges.-Ordn. §§. 99, 100. Daß die Erben auf die Zeit des Krankenlagers keinen Lohn fordern können, während doch dem Dienstboten selbst, wenn er genesen ist, darauf kein Abzug gemacht werden darf, folgt aus dem Zustandsverhältnisse des Gesindes.

2) §§. 169, 170 a. a. O.

3) Ebendas. §. 171. Unrecht ist die Gewohnheit, daß dazu auch das Gesinde, welches nicht vor der Zeit oder aus eigener Schuld abzieht, den Stempel anschafft. Wer die Urkunde schuldig ist zu geben, muß selbst sich das Material dazu verschaffen. Ein Erlaß des Pol. M. v. 26. Febr. 1840 (Min. Bl. f. d. i. Verw. 1840, S. 104) sagt in dieser Beziehung: „Daß diese Verpflichtung (den Schein zu ertheilen) nur dann eintrete, wenn das abziehende Gesinde einen solchen Schein verlangt, und die Herrschaft zur Ausstellung desselben in den Stand setzt, geht unzweifelhaft daraus hervor, daß die Herrschaft nicht gehalten ist, das vorschriftsmäßig dazu erforderliche Stempelpapier anzuschaffen, ohne dessen Gebrauch sie Stempelstrafe verwirken würde." Daß die Herrschaft nicht gehalten sei, das Stempelpapier anzuschaffen, ist eben bestritten. Der Grund, daß sie Stempelstrafe verwirken würde, beweiset das Gegentheil, denn nur derjenige wird mit der Steuer-Defraudations-Strafe belegt, welcher die Steuer zu zahlen schuldig ist. Der andere Grund: „wenn das Gesinde die Herrschaft zur Ausstellung ꝛc. in den Stand setzt," ist erstlich unrichtig, indem das Gesinde eine solche Verbindlichkeit nicht auf sich hat, und zweitens beweis't er zu viel, indem daraus auch folgen würde, daß das Gesinde auf seine Kosten dem Schreibens unkundigen Dienstherrn Schreibunterricht geben lassen müßte.

keitlicher Bestätigung nach vorheriger Prüfung, welche in der Regel dem Gerichte erster Instanz zusteht[5]). Ausnahmsweise muß die Bestätigung ertheilt werden: 1. von dem Justizminister, wenn der Adoptirende nicht 50 Jahr alt ist (Note 1); 2. von dem Regenten: a) wenn der Adoptirende ein Edelmann und der Adoptirte bürgerlich ist und der Letztere den Adel und das Wappen des Erstern erhalten soll[6]); b) wenn zwar Beide von Adel, der Adoptirte aber auch das Wappen und den adeligen Namen des Erstern führen soll[7]); c) wenn der von einer Frau Adoptirte den Namen ihres gewesenen Mannes annehmen soll[8]). III. Wirkungen der Annahme sind, wenn der Annehmende männlichen Geschlechts ist, Erlöschung der bisherigen väterlichen Gewalt und Entstehung derselben Rechte für den Annehmenden, wie aus der Zeugung in rechter Ehe, nur mit diesen Modifikationen: 1. Der Adoptivvater erlangt, wenn nichts Anderes festgesetzt worden ist, kein Recht an dem Vermögen des Kindes, weder unter Lebendigen noch auf den Todesfall, der natürliche Vater behält die Verwaltung ohne den Nießbrauch, indem die Einkünfte dem Kinde zustehen; und wenn er stirbt, wird eine Vormundschaft selbst über das von der verstorbenen Adoptivmutter ererbte Vermögen, bestellt, denn der sie überlebende Adoptivvater hat keinerlei Recht darüber; das Erbrecht behalten die leiblichen Eltern und die Blutsfreunde mit gänzlicher Ausschließung der Adoptiveltern[9]). 2. Es entsteht kein Rechtsverhältniß zwischen dem Kinde und den Verwandten des Annehmenden, wiewohl Es dessen Namen erhält, und es bleiben die bisherigen Familienverhältnisse des Kindes unverändert, weshalb Es mit dem angenommenen Namen des Anneh-

---

liche Gewalt abgesehen war. §. 10 J. de adopt. (I, 11); Gajus I, §. 104; Ulpian. VIII, §. 8a. Doch kommt ein Analogon für Frauen durch kaiserliches Reskript vor, wodurch aber nur Kognition begründet wird. L. 5 C. de adopt. (VIII, 48).

5) §. 667 a. a. O. — V. v. 2. Januar 1849, §. 14. Der Bestätigung geht gewöhnlich eine gerichtliche Anerkennung voraus, zum Zwecke der Beglaubigung.

6) §. 684 das. — Anh. §. 100 Nr. 1, und §. 102.

7) Anh. z. A. L. R. §. 100, Nr. 2. — R. v. 12. Nov. 1801 (Stengel, Bd. XIV, S. 292; Rabe, Bd. VI, S. 655). — R. v. 9. April 1811 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 102).

8) §. 689 a. a. O. Anh. §. 102. — R. v. 24. Mai 1837 (Ergänz. zu II, 2, §. 666, Nr. 2, Buchst. c).

9) §§. 681—706 a. a. O. — Anhang §§. 101, 102.

nehmenden seinen eigenen Familiennamen fortführen darf[10]; aber umgekehrt treten alle Abkömmlinge des Angenommenen zu dem oder den Annehmenden[11]) in das nämliche elterliche Zustandsverhältniß, wie es durch eheliche Zeugung begründet wird[12]). IV. Die Adoption kann mit allen ihren Wirkungen, so als wenn sie niemals geschehen wäre, durch einen von derselben Behörde, von welcher die Errichtung bestätigt worden ist, bestätigten Vertrag wieder aufgehoben werden[13]); die entstandene väterliche Gewalt endet eben so wie die des leiblichen Vaters[14]).

§. 772.

c) Legitimation.

A. L. R. II, 2, §§. 592—611. — **Beyer**, doctrina legitimationis ex jure patrio explicand. Vit., 1712. — **Eisenhardt**, de legitimatione liberorum illegit. praec. secundum jus german. Helmst., 1780. — **Normann**, de legitimatione secundum jus patrim. antiquum et hodiernum. Hafn., 1823.

Legitimation heißt die Rechtshandlung, wodurch unehelichen Kindern das Recht der Ehelichkeit entweder nur in Beziehung auf den Vater oder auch in Beziehung noch auf Andere beigelegt wird. Sie ist nicht, wie im R. R., bloß auf Konkubinenkinder beschränkt, sondern auf alle uneheliche Kinder, welche von ledigen[1]) Mannspersonen erzeugt werden, anwendbar, und ge-

---

10) Der gewöhnliche Gebrauch ist, daß der angenommene Name dem eigenen Namen angehängt wird, z. B. Lucius-Titius, oder Lucius genannt Titius; doch kommt auch der umgekehrte Gebrauch vor. Der angenommene Name ist der Hauptname, der eigene kann ganz weggelassen werden.

11) Eheleute können gemeinschaftlich adoptiren. §. 687 a. a. O.

12) §§. 682, 707—713 a. a. O.

13) §§. 714, 715 a. a. O. Diese Aufhebung ist dem R. R. fremd; auch stellt sich die Sache sonderbar, wenn der Angenommene in einen andern Stand getreten ist.

14) §. 716 das. Vergl. §. 11 J. de heredit. (III, 1); L. 3 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

1) Ehemänner können wol unmöglich während ihrer Ehe die ehebrecherisch erzeugten Kinder legitimiren, weil das wider die Sitte sein würde. Frage ist nur: ob nach Auflösung der Ehe die Legitimation zulässig. Die Sittenwidrigkeit trifft auch hier zu, doch ist darüber Meinungsverschiedenheit, schon nach der Dekretale c. 6 X. qui filii sint legitimi. Ein Min.-R. vom 22. Febr. 1822 (Jahrb. Bd. XI, S. 8) ist dafür. Auch **Schweickart**, disput. juris canonici de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regiomonti, 1824. S. jedoch das R. v. 21. Okt. 1831 (Jahrb. Bd. XXXVIII, S. 470).

schieht: 1. durch nachherige rechte Ehe zwischen den leiblichen Eltern (per subsequens matrimonium), und zwar mit vollen rechtlichen Wirkungen in allen Beziehungen[2]), nur muß die Zeugung Seitens des Ehemanns außer Zweifel sein (§. 596, 1), die aber auch durch stillschweigendes Anerkenntniß bewiesen werden kann[3]). 2. Durch richterlichen Ausspruch, und zwar dadurch, daß der Mutter die Rechte einer wirklichen Ehefrau rechtskräftig beigelegt werden, wenngleich die Trauung wegen Weigerung des Vaters nicht vollzogen wird, oder die Mutter vor rechtskräftiger Entscheidung stirbt, in welchem Falle das Kind in seinem Interesse die Sache zu Ende führen kann[4]); auch erhält das Kind durch diese Legitimation, wenn die Mutter bürgerlich und der Vater adelig ist, den adeligen Stand, Namen und das Wappen des Vaters[5]), wiewohl der Mutter diese Rechte abgesprochen worden sind[6]). 3. Durch gerichtliche Erklärung des Vaters, daß er das Kind für das seinige anerkenne[6a]), vorausgesetzt, daß das Kind mit einer förmlich, d. h. durch vorschriftsmäßig errichteten Vertrag oder durch Aufgebot[6b]), schon vor der Zeugung[6c]) verlobten,

---

2) §§. 596, 598, 600 das. — Dekl. v. 30. Sept. 1820 (G. S. S. 201). — L. 10, 11 C. de natural. lib. (V, 27). — Machen besondere Gesetze Ausnahmen, wie bei deutschen Instituten, z. B. Fideikommissen und Lehen, vorzukommen pflegt, so treten dieselben allerdings ein. §. 596. Nach G. R. streitet man darüber. S. Hefftter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder in Lehen und Familien-Fideikommisse, Berlin, 1836; Dick, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle, 1832; Kämmerer, Beiträge zum Gemeinen und Meklenburgischen Lehnrechte über Unfähigkeit der Mantelkinder, Rostock, 1836; Guerin, de legitimatione per subsequens matrimonium, Argent., 1780; Schorcht, von der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnsfolge, Jena, 1780 und 1797.

3) Schles. Arch. Bd. V, S. 185 flg.

4) §§. 592, 593, 959 a. a. O. — II, 1, §§. 1037, 1038. Ursprünglich ist das Kind nicht befugt zu klagen, wenn die Mutter nicht klagen will oder die Klage zurücknimmt; die noch nicht angemeldete Klage vererbt sich auch nicht. §. 594.

5) II, 2, §. 592; II, 9, §. 6.

6) II, 1, §§. 1052, 1037. Dieser Widerspruch ist bei der Umarbeitung des Entwurfs in das G. B. gekommen, wo man bei der Zurücksetzung der Geschwächten an die Bestimmung II, 9, §. 6 nicht gedacht hat.

6a) Materialien des A. L. R. zu §. 597 (Entsch. des Obertrib. Bd. XX, S. 299).

6b) II, 1, §. 92 u. Anh. §. 67. Pr. des Obertrib. 2209, I, v. 30. April 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 294).

6c) Dasselbe Pr. 2209 sagt unter II: daß es vor der Verlobung geboren sein müsse. Die Bestimmung aber verlangt, daß das Kind mit der Verlobten erzeugt sei; sie setzt also den Fall der Ehevollziehung nach älterm can. R.

nachher nicht wirklich angetrauten Braut erzeugt ist, — ebenfalls mit voller Wirkung [7]). Stirbt der Mann ohne eine solche Erklärung, so ist keine Legitimation möglich. Es kommt hier auch nicht darauf an: ob der befruchtende Beischlaf erst nach der förmlichen Verlobung stattgefunden hat, denn es ist für diesen Fall keine Zeit zur Feststellung der Thatsache bestimmt, auch ist Niemand berechtigt, die Frage vor Gericht erörtern zu lassen. Vor der förmlichen Verlobung bereits erzeugte Kinder können auf diese Weise nicht legitimirt werden. 4. Durch Reskript des Justizministers, welche jedoch nur auf Antrag des Vaters geschieht, und dem Kinde den Stand nur des bürgerlichen Vaters und eheliche Rechte nur in Ansehung dessen Person, aber nicht gegen dessen Familie und auch nicht gegen die Familie der Mutter, auch nicht den Namen des Vaters giebt; nur zwischen den ehelichen Abkömmlingen des Vaters und dem Kinde entsteht das Verhältniß wie zwischen ehelichen Halbgeschwistern [8]). Dasselbe gilt von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand, mit dem Unterschiede, daß der Regent die Legitimation ertheilen muß, daher durch dieselbe auch der Name und der adelige Stand des Vaters

---

durch **copula carnalis**, also den Fall voraus, wo den Sponsalien **carnalis copula** gefolgt ist. **c. 12 X. qui filii sint legitimi (IV, 17).** Solches spricht auch diejenige Autorität aus, auf welche Suarez, in den amtlichen Schlußvorträgen (Jahrb. **XLI**, S. **144**), sich bei dem §. 597 beruft, nämlich Hellfeld in seinen Pandekten, §. 116: „**si post sponsalia publica concepti sunt.**“ Hiernach ist wol zweifellos, daß der Sinn des §. 597 nach dem Wortlaute zu verstehen ist. Das Pr. tritt also mit dem Ausdruck und mit dem Wesen des Rechtsverhältnisses zugleich in Widerspruch, ohne nur dafür einen Grund zu haben.

7) **II, 2, §. 597; II, 9, §. 5.** Dadurch ist die gemeinrechtliche Kontroverse über die Rechtmäßigkeit der s. g. Brautkinder, für das Pr. R., zu Gunsten der Kinder entschieden. Ein altes R. v. 22. Februar 1768 (**N. C. C. Tom. IV de 1768**, S. 2051) war schon damals für die Gleichstellung der s. g. Brautkinder mit ehelichen, indem es die Pommersche Regierung anwies, daß, wenn bündige Sponsalien celebrirt worden und die Schwängerung dazugekommen, **sponsus** aber die Ehe nicht vollziehen wolle, nicht anders erkannt werden solle, als daß dennoch das **matrimonium pro legitimo**, und das erzeugte Kind für ein eheliches zu erklären sei. Auch hier wird gefordert, daß die Verlobung der Schwängerung voraufgegangen sei. Ueber G. R. siehe: Pape, über der Brautkinder Successionsfähigkeit; im Archiv für theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit, Th. **IV**, S. **277** ff.

8) **II, 2, §§. 601—608.** — Anh. §. 94. Diese an die Stelle der **legitimatio per rescriptum principis** und der ehemaligen **comitum palatinorum** getretene Ministerial-Legitimation kostet, außer dem Stempel, 5—10 Thlr. K. O. v. 16. Jan. 1840 (G. S. S. 17).

beigelegt wird[9]); auch ist diese Bestimmung auf die Legitimation unehelicher Kinder von Offizieren ausgedehnt[10]).

§. 773.

d) Einkindschaft.

A. L. R. II, 2, §§. 717—752. — Hertel, theoretisch-praktische Erörterung der Lehre von der Einkindschaft und fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft, nach den Grundsätzen des deutschen Privatrechts und mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Preuß. Landrechts. Gießen, 1818. — v. Strombeck, von der Einkindschaft in den Jahrb. Bd. XIII, S. 335 ff. — Schmidt, de unione prolium. Erlangae, 1785. — Tafinger, über die Lehre von der Einkindschaft. Nürnberg, 1785.— Ringelmann, über die historische Ausbildung und die rechtliche Natur der Einkindschaft. Würzburg, 1825. — Eberty, de vera unionis prolium indole. Bonn, 1834.

I. Die Einkindschaft (unio prolium) ist eine Begründungsart des elterlichen Verhältnisses zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, und erzeugt dieselben persönlichen Rechte und Pflichten, ingleichen wechselseitige Successionsrechte, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern[1]). Sie findet nur statt zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, wenn Personen eine rechte Ehe schließen, von welchen Eine oder Jede schon Kinder hat, ohne Unterschied, ob es für den einen oder den andern Theil die zweite oder noch fernere Ehe ist[2]); die eingebrachten Stiefkinder dürfen nicht uneheliche sein[3]). Sie kann vor oder nach Schließung der Ehe errich-

9) §§. 609—611 a. a. O.

10) Anh. z. A. L. R. §. 65. — Circ.-V. v. 11. September 1798 (Rabe, Bd. V, S. 195).

1) §§. 720, 732 a. a. O. Das A. L. R. hat also diejenige Meinung über die streitige rechtliche Natur des Instituts angenommen, nach welcher dieselbe für eine Art von Adoption angesehen wurde. Pufendorf, Obs. I, 209; III, 114; IV, 191. — Gail, Obs. II, 125. — Nach einer andern Ansicht ist die Einkindschaft eine Art Erbvertrag. Runde, Grundsätze, §. 673; Eichhorn, Einleitung, §. 346. Eine dritte Ansicht hält sie für eine Gütergemeinschaft. Hertel, §. 1, u. A. Eigentlich ist sie ein eigenthümliches deutsches Institut. Maurenbrecher, deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 664; Mittermaier, Grundsätze, §. 369 (§. 321a). Nach Pr. R. bestimmt sich die Natur nach Analogie der Adoption.

2) §§. 717—719 a. a. O. — Anh. §. 103.

3) Ueber Einkindschaft außerehelicher Kinder, in Zu Rhein, Beiträge Bd. III, Nr. 22. — R. v. 30. Juni 1823 (Jahrb. Bd. XXII, S. 71).

tet werden[4]). II. Die Erfordernisse sind: 1. Freie Einwilligung der Eltern und der zusammenzubringenden Kinder oder, sofern diese noch minderjährig sind, der Vormundschaft. 2. Weder die Vorkinder noch die Nachkinder sollen in ihrem Pflichttheile verletzt werden; deshalb muß Jedes der Eltern, welches schon Kinder hat, denselben auf seinen Todesfall wenigstens die Hälfte des von ihm in die neue Ehe gebrachten Vermögens zum Voraus vermachen[5]). III. Die Form der Eingehung ist ein Vertrag, welcher gerichtlich vollzogen und bestätigt werden muß[6]); auch nach bereits vollzogener Ehe bedarf die Frau keines Beistandes, weil sie sich nicht dem Manne verbindlich macht und auch nicht zwischen ihr einerseits und dem Manne andererseits, sondern vielmehr zwischen ihr und dem Manne gemeinschaftlich auf der einen und den Vorkindern auf der andern Seite ein Verhältniß eingegangen wird. Zuständige Gerichtsbarkeit des Richters ist nicht erforderlich[7]). Diese richterliche Bestätigung ist von der Approbation des Vormundschaftsgerichts, wenn die Kinder minderjährig sind, verschieden; hat Dasselbe den Vertrag aufgenommen, so muß Es außer der obervormundschaftlichen Genehmigung noch die Bestätigung aussprechen. IV. Die Einkindschaft begründet zwischen Stiefeltern und Stiefkindern dasselbe Verhältniß wie die Adoption zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, nur daß die Kinder nicht den Namen des Stiefvaters annehmen, und mit der Erweiterung, daß auch die Erbfolgerechte wechselseitig sind[8]). Der Stiefvater erwirbt mithin auch die väterliche Gewalt über

---

4) §. 722 a. a. O. Vorher ist sie eine bedingte.

5) §§. 723—730 a. a. O. — Die Unterlassung hat keine Nichtigkeit zur Folge. Pr. 414, v. 29. Januar 1838. Wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung herrscht, daß der überlebende Ehegatte das Gesammtvermögen bis zur Wiederverheirathung als Alleineigenthum oder zum Nießbrauch behält, da können auch, wenn der erstverstorbene Ehegatte aus einer früheren Ehe Kinder hatte, rücksichtlich deren mit dem zweiten Ehegatten ein Einkindschaftsvertrag geschlossen worden ist, die Stiefkinder nicht sofort nach dem Tode ihres leiblichen Parens die Auseinandersetzung in Betreff dessen Vermögenantheils resp. Nachlasses verlangen. Pr. 1226, v. 29. Nov. 1842. — Schmidt, Gedanken über die Bestimmung des Voraus bei Einkindschaften. Würzburg, 1798.

6) §. 721 a. a. O. Vor der Bestätigung hat das Gericht die Erfordernisse und die Nützlichkeit des Verhältnisses für die Vorkinder zu prüfen. II, 17, §§. 55, 56.

7) A. G. O. II, 1, §. 9 Nr. 10. — Anh. z. A. L. R. §. 147, wodurch die Vorschrift II, 17, §. 56 geändert ist. Folgerecht sollte, wie bei Adoptionen, die Prüfung und Bestätigung dem Obergerichte zustehen.

8) §§. 732, 734 a. a. O.

die Stiefkinder, und daraus folgt die Beendigung der über dieselben bisher geführten Vormundschaft[9]), doch nur in Beziehung auf die Person, denn über das Vermögen erhält der Stiefvater nicht die Rechte eines leiblichen Vaters unter Lebendigen[10]). Zwischen den Kindern und den Verwandten des Stiefvaters und der Stiefmutter entstehen keine Familienverhältnisse, auch nicht unter den zusammengebrachten Kindern[11]). Die wechselseitigen Erbrechte sind jedoch nicht gleich, indem zwar die der Stiefkinder sich auf das ganze Vermögen der Stiefeltern, namentlich auch auf Dasjenige, welches der überlebende Parens noch nach dem Tode des Vorverstorbenen erwirbt, erstreckt[12]), dagegen aber das der Stiefeltern sich auf dasjenige Vermögen, welches die Kinder in die Einkindschaft einbringen oder von den Eltern erhalten, beschränkt[13]). Dieses wechselseitige Erbrecht kann durch einseitige Verfügungen von Todeswegen, wenn nicht gesetzliche Enterbungsursachen gegeben und nicht Vorbehalte gemacht sind, nicht entzogen oder auch nur geschmälert werden[14]); die Einkindschaft hat hierin also nicht bloß die Wirkung einer Adoption, vermöge welcher das Kind nur den Pflichttheil fordern kann[15]), sondern die eines Erbvertrags[16]). Daß bei dem Tode des Einen der unirenden Eltern nur Stiefkinder vorhanden sind, oder bei dem Tode eines zugebrachten Kindes nur noch der Stiefvater oder die Stiefmutter am Leben ist, ändert nichts an dem Erbrechte: die Blutsverwandten werden durch die Stiefkinder und beziehlich Stiefeltern von der Erbschaft ausgeschlossen; nur in Dasjenige, was den Stiefkindern, nach Eingehung der Einkindschaft, anderwärtsher als von den unirenden Eltern zufällt, findet die gesetzliche Erb-

---

9) Archiv für civil. Praxis, Bd. XVI, S. 226.

10) §. 733 a. a. O. So auch bei der Adoption. §. 694.

11) §. 752 das. Wie bei der Adoption. §§. 708, 709.

12) §§. 734, 737—744 a. a. O. Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 380.

13) §§. 735, 736, 745, 746 a. a. O.

14) §§. 747—749 das. Der Stiefvater resp. die Stiefmutter ist nicht berechtigt, das gesetzliche Erbtheil der Vorkinder auf den Pflichttheil zu beschränken. Pr. 126, v. 24. Okt. 1836 (Entsch. Bd. II, 39). Vergl. Arch. für das Civil- und Kriminalrecht in der Rheinprovinz, Bd. XIV, S. 78, und Gründler, Polemik III, S. 55.

15) §§. 692, 706 a. a. O.

16) Ist streitig. S. jedoch Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 45.

folge statt[17]. Auf das Notherbenrecht der nicht einwilligenden Aszendenten der unirenden Eltern hat die Einkindschaft keinen Einfluß[18]. V. Die Einkindschaft wird aufgehoben: 1. durch gerichtlichen Vertrag sämmtlicher Interessenten[19]; 2. durch Scheidung der unirenden Eltern[20]. Der Tod aller unirten Kinder kann nach Pr. R. kein Aufhebungsgrund sein, weil, im Falle keine Abkömmlinge von ihnen nachbleiben, das Erbrecht der Eltern in Wirkung tritt, und wenn eheliche Abkömmlinge vorhanden sind, diese als angenommene Enkel an die Stelle ihres Parens treten[21]. Noch weniger ist der Mangel der Geburt eines Kindes in der Ehe der unirenden Eltern ein Aufhebungsgrund, wenn es nicht im Vertrage verabredet ist[22].

III. Wirkungen der elterlichen Verhältnisse.

§. 774.

1. In Ansehung der Person.

I. Die vorzüglichste Wirkung ist, daß, wenn nicht die Begründungsart eine Ausnahme macht, das Kind in die Familie des Vaters tritt und alle Rechte eines Familiengliedes in derselben, den Namen sowie den Stand seines Vaters erhält, auch mit dem Vater dieselbe Gerichtsbarkeit und das davon abhängige Privatrecht hat, so lange Es in der väterlichen Gewalt bleibt oder nicht in ein bürgerliches Verhältniß tritt, womit ein besonderer Gerichtsstand verbunden ist[1]. Zur Sicherung des Civil-

---

17) §§. 741, 744—747 das. — Archiv der Rheinprovinz, Bd. XIX, S. 149. — v. Hohnhorst, Bad. Jahrb. 8r Jahrg., S. 394.

18) §§. 728, 729, 742 a. a. O. — Ist nach G. R. streitig. S. Mühlenbruch in Glücks Kommentar, Bd. XXXVIII, S. 105; und für die andere M. Pufendorf, Obs. T. I, obs. 200, §. 31 sqq.; T. IV, obs. 191.

19) §. 751 a. a. O. Die richterliche Bestätigung wird hierbei nicht erfordert, was nicht folgenrecht ist. S. o. §. 771, IV.

20) §. 750 dies. Tit.

21) §§. 720 und 707 a. a. O. Wo die Einkindschaft nicht als Adoption angesehen wird, ist es anders.

22) Ullrich, Archiv Bd. II, S. 324 flg. — Pufendorf, I, 200, §. 20.

1) §§. 58—60 a. a. O. Hat jetzt nur noch in Beziehung auf das Privatrecht Bedeutung. V. v. 2. Jan. 1849, §. 15.

standes sind die Eltern, vorzüglich der Vater, verpflichtet, das Kind binnen sechs Wochen nach der Geburt taufen und beziehlich in die Liste der Geborenen eintragen zu lassen, widrigenfalls die Vormundschaftsbehörde dafür durch einen dem Kinde zu bestellenden Kurator zu sorgen hat[2]). II. Das Kind ist beiden Eltern Ehrfurcht und Gehorsam schuldig; auch haben Beide das Recht und die Pflicht der Erziehung, jedoch steht dabei die Anordnung der Art hauptsächlich dem Vater zu[3]). Sind die Eltern über die Religion, in welcher das Kind unterwiesen werden soll, nicht einig, so soll der Unterricht in der Religion des Vaters, bis nach zurückgelegtem 14ten Jahre des Kindes, gegeben werden und entgegenstehende Vertragsbestimmungen sind ungültig[4]). Hiernach richtet sich auch die Taufe[5]). Dieser Grundsatz kommt noch nach dem Tode des Vaters, gegen den Willen der Mutter, zur Anwendung, wobei auf eine erst in der letzten Krankheit erfolgte Religionsveränderung keine Rücksicht genommen wird; nur wenn der Vater das Kind, wenigstens durch das ganze letzte Jahr vor seinem Tode, in der Religion der Mutter hat unterrichten lassen, muß die Vormundschaft dabei bleiben[6]). III. Das aus der Erziehung folgende Züchtigungsrecht der Eltern geht nicht bis zur Anwendung harter Strafen und Zwangsmittel. Sind die gewöhnlichen, der Gesundheit unschädlichen Mittel unzureichend, so kann die Vormundschaftsbehörde, auf Antrag des Vaters, nach Befinden

---

2) Anh. z. A. L. R. (II, 11, §. 446) §. 131. — K. O. v. 23. Febr. 1802 (N. C. C. Tom. XI, S. 769; Stengel, Bd. XV, S. 272; Rabe, Bd. VII, S. 63). Ueber den Anlaß zu dieser Bestimmung s. Stengel, Bd. XIII, S. 190 flg.

3) II, 2, §§. 61, 62, 74.

4) §§. 76—79, 83, 84, 85 a. a. O. Dekl. v. 21. Nov. 1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1931; Rabe, Bd. VII, S. 524). Dieses gilt auch in den Rheinprovinzen. K. O. v. 17. Aug. 1825 (G. S. S. 221). Nach dem R. v. 28. Januar 1804 (N. Arch. Bd. III, S. 296) soll die Dekl. v. 21. Nov. 1803 nur auf die nach dieser Zeit geschlossenen Ehen Anordnung finden, und man ist über die Geltung dieser Bestimmung verschiedener Meinung. Darauf kommt jedoch nichts mehr an, da jetzt solche vor 1803 geschlossenen Ehen gewiß höchst selten sind, in welchen noch Kinder unter 14 Jahren vorkommen.

5) Die Bestimmung II, 11, §. 447 ändert sich durch die Dekl. v. 21. Nov. 1803. R. v. 12. Okt. 1804 (N. Arch. Bd. III, S. 312; Rabe, Bd. VIII, S. 188).

6) II, 2, §§. 80—82. R. v. 8. Aug. 1836. — Ueber die verschiedenen, diesen Gegenstand betreffenden, deutschen Gesetzgebungen s. Mittermaier, Bemerkungen über die neueste deutsche Gesetzgebung in Bezug auf religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen; in Elver's Themis, Bd. I, H. 1 (Gött. 1827), Nr. I. — Vergl. Code civil, Art. 303, 1388.

der Umstände, zweckmäßige Besserungsmittel anwenden [7]). IV. Eltern und Kinder haben die wechselseitige Verbindlichkeit, sich zu unterstützen und zu verpflegen (§. 595). Beide Eltern müssen vereint, und der Vater hauptsächlich, für Unterhalt, Verpflegung und Erziehungskosten sorgen; die Mutter muß die körperliche Pflege und Wartung persönlich besorgen oder doch beaufsichtigen, auch, wenn sie gesund ist, ihr Kind durch die von dem Vater zu bestimmende Zeit stillen; der Vater soll sich aber, bei entstehender Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter, dem Gutachten der Sachverständigen unterwerfen [8]). Bis zum zurückgelegten vierten Jahre des Kindes kann die Mutter, welche ihrer Pflicht genügen kann und will, fordern, daß dasselbe ihrer persönlichen Pflege und Aufsicht überlassen werde [9]). V. Werden die Eltern geschieden, so sollen die Kinder in der Regel bei dem unschuldigen Theile, und wenn Keiner von Beiden für schuldig erklärt ist, die Kinder unter vier Jahren bis zur Vollendung dieses Alters bei der Mutter, die älteren bei dem Vater erzogen, doch kann in dem zweiten Falle der Mutter auch die Erziehung der Töchter überhaupt, von dem Vormundschaftsgerichte, anvertraut werden [10]). Ausnahmen sind: 1. Der Vater kann, auch wenn er der schuldige Theil ist, die Söhne zur Erziehung verlangen, wenn die Scheidungsursache nicht eine schlechte Erziehung besorgen läßt [11]). 2. Die für schuldig erklärte Mutter behält, unter derselben Voraussetzung, die noch nicht vier Jahre alten Kinder bis zur Zurücklegung dieses Alters und muß die Kosten dafür tragen, welche ihr auch dann zur Last fallen, wenn die Pflege Andern anvertraut werden muß [12]). 3. Das Vormundschaftsgericht kann,

---

7) §§. 86—89 a. a. O. Man hat jedoch auch dem Vormundschaftsgerichte die Bestimmung, namentlich der Dauer der Einsperrung in eine Besserungs-Anstalt, entzogen; es soll darüber dem Justizminister Vortrag geschehen, nach Befinden dem Könige. R. v. 11. März 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 73; Mathis, X, 19; Rabe, VIII, 493). — R. v. 21. Januar 1830 (Jahrb. Bd. XXXV, S. 126).

8) §§. 64—69 a. a. O. Diese Bestimmungen sind dem Wesen des Verhältnisses unangemessen; dasselbe entzieht sich einer solchen Einmischung Fremder gänzlich und die richterliche Einwirkung hat da ihre Grenze.

9) §§. 70—73 a. a. O.

10) §§. 92, 95, 96 a. a. O. — Nicht der Scheidungsrichter hat hierüber Bestimmung zu treffen. Pr. 404, v. 15. Jan. 1838.

11) §. 93 das. Der Prozeßrichter hat davon dem Vormundschaftsgerichte Notiz zu geben, durch Mittheilung einer Abschrift des Scheidungsurtels.

12) §§. 94, 105, 106 a. a. O.

wenn in der Folge erhebliche Besorgniß der Vernachlässigung oder schlechten Erziehung eintritt, überhaupt andere Anordnungen, nach Befinden, treffen[13]). — Der Vater kann von der für schuldig erklärten Mutter einen Beitrag zu den Erziehungskosten, bis auf die Hälfte des baaren Aufwandes, fordern[14]). VI. Eltern, welche ihre Kinder grausam mißhandeln, zum Bösen verleiten, oder ihnen nicht den nothdürftigen Unterhalt reichen, wird die Erziehung derselben, von Seiten des Vormundschaftsgerichts, genommen und die Kosten für die Erziehung durch Andere werden von ihnen eingezogen; doch soll ihnen in solchem Falle der Zutritt zu den Kindern nicht ganz versagt werden[15]). VII. Aus der väterlichen Gewalt als einer dem alten Mundium ähnlichen tutela usufructuaria, vermöge welcher dem Vater der Nießbrauch des Vermögens und die Dienste des Kindes zustehen, ist der Vater auch verpflichtet, das Kind auf seine Kosten vor und außer Gericht zu vertreten, d. h. die Prozeßkosten für das Kind aus eigenen Mitteln zu bezahlen, ausgenommen die Rechtssache beträfe das freie Vermögen des Kindes, in welchem Falle die Kosten allenfalls aus der Substanz genommen werden müssen, indem in dieser Beziehung der Vater nur die Rechte und Pflichten eines gewöhnlichen Vormundes hat[16]). VIII. Weil die Röm. Personeneinheit zwischen Vater und Kinde dem deutschen und Pr. R. unbekannt ist, so fällt auch die nothwendige Stellvertretung des Vaters durch das Kind, bei Erwerbungen, weg (§. 572), das Kind erwirbt mithin für sich selbst, nur Das ausgenommen, was Es in der Wirthschaft

---

13) §§. 97—100 a. a. O. In solchen Fällen wird ein Kurator zu bestellen sein.

14) §. 104 das. — Diese Einschränkung auf die Hälfte bezieht sich nicht auf das Verhältniß zwischen Mutter und Kind; Dieses kann, wenn der hauptsächlich verpflichtete Vater unvermögend ist, die ganze Verpflegung und Erziehung, selbst von der unschuldigen Mutter, fordern. §. 107 das. S. o. §. 595.

15) §§. 90, 91, 101, 102, 266 a. a. O, Diese Anordnung findet sich schon in der Vormundschaftsordnung v. 23. Septbr. 1718, §. 8. Den Betrag der erforderlichen Kosten bestimmt das Vormundschaftsgericht durch Dekret; ein Prozeß findet nicht statt, die Sache ist nicht Justiz- sondern Regierungssache.

16) §. 159 a. u. O. Der Grund, warum der Vater auf seine Kosten vertreten muß, ist hier derselbe, welcher ihn dazu in Beziehung auf die Frau verbindet. II, 1, §§. 187, 188. Daraus ergiebt sich die Irrigkeit des R. v. 18. April 1821 (Jahrb. XVII, S. 27), welches den Vater einem gewöhnlichen Vormunde gleichstellt, als wenn dieser, ein eigenes Vermögensrecht an dem Vermögen des Mündels (Nießbrauch) und Rechte auf persönliche Dienste hätte. Der Vater handelt bei der Vertretung seines Kindes zugleich immer in seinem eigenen Interesse. Das ist der Unterschied zwischen ihm und einem angestellten gewöhnlichen Vormunde.

und in dem Gewerbe der Eltern, wobei Es nach Kräften zu helfen schuldig ist, erwirbt[17]). Aus dem Wegfall der juristischen Personeneinheit folgt auch die Fähigkeit des Kindes, mit dem Vater selbst Rechtsgeschäfte zu schließen, wozu Es, wenn es großjährig ist, keines Beistandes oder Kurators bedarf; will Es mit Andern schließen, so muß der Vater auch im Falle der Großjährigkeit des noch in seiner Gewalt stehenden Kindes zugezogen werden[18]).

§. 775.

2. In Ansehung des Vermögens.

In Ansehung des Vermögens hat die Mutter in der Regel keine Rechte, eine Ausnahme gilt nur von dem Aussatze aus dem Vermögen des schuldigen Ehetheils im Falle der Scheidung: davon behält auch die Mutter die Verwaltung und den Nießbrauch auf Lebenszeit (§. 763, V). Der Vater hat, vermöge seiner Gewalt, an allem übrigen Vermögen seiner Kinder ein eigenes Recht. Jedoch ist in dieser Hinsicht freies und nichtfreies Vermögen zu unterscheiden. 1. Das freie Vermögen hat ungefähr die Bedeutung des Röm. peculium militare und des pec. adventitium extraordinarium s. irregulare[1]), und entsteht: 1. durch Erwerb mittelst Fleißes und Geschicklichkeit außerhalb des Betriebes der väterlichen Geschäfte[2]); 2. durch Erwerb in Kriegs- und Civildiensten[3]);

---

17) §§. 121—124 a. a. O. S. o. §. 768, Note 8. Für diese Hülfe hat das Kind keinen Lohn zu fordern. Man hat das in Frage gestellt. S. darüber: in wiefern Kinder von Eltern einen Lohn fordern können; in Bülow und Hagemann, Erört. B. II, Nr. 55. Besonders: Scholz III, Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht, B. II, S. 1 flg. u. B. I, S. 100 flg. — v. Ende, vermischte jur. Abhandl., B. II, S. 32.

18) §. 125 a. a. O. In den Fällen, in denen die Genehmigung des Vaters mit Rücksicht auf den Gegenstand des Geschäfts genügt, um dem von einem mündigen, unter seiner Gewalt stehenden Kinde geschlossenen Vertrage vollständige Gültigkeit zu verschaffen, bedarf es der Zuziehung eines Kurators und der richterlichen Approbation auch dann nicht, wenn der andere Kontrahent ebenfalls zu seinen Kindern gehört, und seiner Einwilligung benöthigt ist. Pr. 1662, v. 6. Decbr. 1845 (Entscheid. XII, 332.) — Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 257 flg.

1) Rau, Historia juris civilis de peculiis. Lips., 1770. 4.

2) § 148 a. a. O. Dieser Erwerb gehört nach R. R. nicht zum peculium castrense vel quasi.

3) §. 149 das. — L. 11 D. de castrensi pec. (XLIX, 17); L. 1 C. eod. (XII, 37). — L. 37 pr. C. de inoff. test. (III, 28); L. 4, 14 C. de advocatis (II, 7); L. 2 C. de privil. eorum (XII, 29); L. un. C. de

3. durch Belehnungen und Lehnsanfälle[4]; 4. durch Belohnungen des Fleißes und der Geschicklichkeit des Kindes, Seitens der Eltern oder Anderer[5]; 5. durch Geschenke und Vermächtnisse aus Erkenntlichkeit für geleistete Dienste oder erwiesene Gefälligkeiten[6]; 6. durch Ersparnisse von Demjenigen, was ihnen von den Eltern zu ihrem Unterhalte oder zu sonstigen Ausgaben gegeben worden[7]; 7. durch Zuwendung von Eltern oder Andern unter der Bestimmung, daß dem Vater der Nießbrauch nicht zustehen solle[8], doch gilt die Bestimmung nicht, insoweit der Zuwender dem Kinde einen Pflichttheil schuldig ist und Diesen damit entrichten will[9]. Darüber gebührt dem Kinde freie Verwaltung und Verfügung, und, so lange Es minderjährig ist, hat der Vater die vormundschaftliche Verfügung, wenn ihm solche nicht durch Bestimmung des Gebers entzogen worden ist; die Nutzungen wachsen während der Verwaltung dem Stamme zu, soweit sie nicht zur Verpflegung und Erziehung des Kindes, nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts, erforderlich sind[10]. II. Das unfreie Vermögen hat die Bedeutung des Röm. peculium adventitium regulare, bildet die Regel und umfaßt daher Alles, was das Kind irgendwie und woher erwirbt, insofern der Erwerb nicht unter eine der genannten sieben Ausnahmen fällt; denn eine analoge Anwendung einer Ausnahme auf ähnliche Fälle ist nach den Regeln der Auslegung unstatthaft (§. 24); namentlich gehören auch Pathengeschenke sowohl überhaupt als besonders auch die königlichen für den siebenten Sohn zum unfreien Vermögen[11]. Ebensowenig gehört das Erheirathete eines Sohnes zu dessen freiem Vermögen, wenn nämlich der Sohn nicht wirklich einen besondern Hausstand gegründet hat, und dadurch aus der väterlichen Ge-

---

castrensi omnium (XII, 31); L. 34, 50 C. de episcopis (I, 3); Nov. 123, c. 19.

4) §. 150 das. — War schon gemeinrechtlich. Weber, Lehnrecht, Bd. III, S. 58. — Hommel, Rhaps. obs. 742 u. A.

5) §. 151 a. a. O. Gehört nach R. R. zum pec. adventitium. §. 3 i. f. J. per quas personas (II, 9); L. 6 C. de bonis quae lib. (VI, 61).

6) §. 152 a. a. O. Gehört in dieselbe Kategorie.

7) §. 153 das. Gehört nach R. R. entweder zum pec. profectitium oder adventitium, je nachdem es vom Vater oder von Andern herkommt.

8) §. 154 das. — Nov. 117, c. 1.

9) §. 155 a. a. O. Nov. 117, pr.

10) §§. 158—167 a. a. O. Wenn der Geber einen andern Verwalter ernennt, so ist damit auch der Vater ausgeschlossen, folglich muß ein anderer Kurator bestellt werden, sobald der erste stirbt, wenn auch der Vater lebt.

11) §§. 156, 157 a. a. O. K. O. v. 7. Aug. 1821 (v. K. Annal. V, 525).

walt gegangen ist. 1. Von dem unfreien Vermögen hat der Vater, so lange seine Gewalt über das Kind dauert, die Verwaltung und den Nießbrauch [12]). 2. Wegen der Ansprüche aus dieser Verwaltung, nicht etwa auch wegen ererbter Forderung eines Dritten an den Vater [12a]), haben die Kinder bei der Kollision mit andern Gläubigern das Vorrecht der Vierten (jetzt Dritten) Klasse [13]). Eine besondere Sicherstellung können sie in der Regel **nicht** fordern, doch gelten davon folgende Ausnahmen: a) wenn der Vater auf Behandlung oder Indult gegen seine Gläubiger anträgt; wenn Execution in seine Grundstücke oder Mobilien vollstreckt wird; wenn er sonst in Vermögensverfall zu gerathen anfängt; b) wenn er dem Fiskus oder einer Anstalt mit fiskalischen Rechten, durch Uebernahme einer Verwaltung oder Pachtung, verbunden ist oder wird, und dafür nicht eine besondere Kaution bestellt, vorausgesetzt, daß die Forderungen aus solcher Verwaltung vor den Kindern den Vorzug haben [14]). In diesen beiden Fällen wird dem Vater die Verwaltung abgenommen, wenn er keine Sicherheit leisten kann oder will, es wäre denn, daß er sonst die Bedienung nicht erlangen oder behalten würde und er außerdem für Unterhalt und Erziehung nicht gehörig sorgen könnte [15]). c) Wenn der Vater sich wieder verheirathet und Immobilien hat, so muß er das ganze dermalige Vermögen seiner Kinder darauf eintragen lassen; doch muß diese Hypothek bis auf die Hälfte des Werths der Grundstücke, auf Verlangen des Vaters, zurücktreten [16]), in keinem Falle kann er jedoch dieselbe wieder löschen lassen oder die Löschung fordern, wenn er später das Grundstück verkauft [17]).

---

12) §§. 168, 204 u. 205.

12a) Plenarbeschluß des Ober-Trib. v. 9. Mai 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 209); m. Beurtheilung, S. 551.

13) §. 177 das. S. o. §. 497.

14) Daher sind die gerichtlichen Salarien-Kassen-Rendanten zur Sicherstellung nicht verpflichtet, weil diese Kassen den Kindern nachstehen. A. G. O. I 50, §. 403. — R. v. 9. Oktbr. 1797 (N. C. C. Tom. X, S. 1437; Rabe, Bd. IV, S. 303).

15) §§. 178—183 a. a. O. — Anh. §§. 86—88.

16) §§. 187, 188 a. a. O. — II, 18, §§. 427, 428.

17) Das folgt aus dem Wesen der Kaution, zu deren Bestellung er verpflichtet war. II, 2, §. 188. Die Meinungen sind darüber verschieden. S. jedoch R. v. 27. April 1829 (Jahrb. Bd. XXXIII, S. 339); v. 31. Oktbr. 1834 (Jahrb. Bd. XLIV, S. 351) und Präj. des Ober-Trib. v. 30. April 1835 (Centralbl. 1837, S. 709). S. auch u. Note 20a.

Auch eine vertragsmäßig bestellte Sicherheit, wozu der Vater sonst nicht verpflichtet gewesen wäre, kann er später nicht einseitig zurücknehmen, weil Niemand sein Versprechen einseitig wieder brechen kann[18]). 3. Für die Sicherstellung in diesen Fällen haben, wenn die Kinder sich selbst nicht vorstehen können, zu sorgen: a) hauptsächlich der Vater bei Verlust seines Nießbrauchs; b) der gewesene Auseinandersetzungs-Kurator; c) das Vormundschaftsgericht von Amts wegen, sobald der Fall zu seiner Wissenschaft gelangt. Zu einer desfallsigen Anzeige bei demselben befugt sind: besonders die Mutter, dann der nächste Erbe der Kinder nach dem Vater; und verpflichtet dazu ist: jeder fiskalische Bediente, welcher dafür eine verhältnißmäßige Belohnung aus den Nutzungen erhalten soll; ferner auch diejenigen, welche dem Vater das die Kinder gefährdende Amt übertragen, und zwar diese bei eigener Haftung für den, durch die vorsätzlich oder aus grobem Versehen unterlassene Anzeige entstandenen, Nachtheil[19]). — In allen Fällen jedoch muß man sich mit einer solchen Sicherheit begnügen, als der Vater nach seinen Umständen aufzubringen vermag[20]). III. Der Vater ist in seiner Verwaltung frei von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, ausgenommen: a) wenn ein Kapital von dem Vater oder einem Dritten den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben[20a]), oder die väterliche Verwaltung darüber eingeschränkt ist; b) wenn Grundstücke oder Gerechtigkeiten veräußert, verpfändet oder belastet werden sollen. In diesen Fällen ist zu

---

18) Auch darüber ist man nicht einig. Ein R. v. 25. Septbr. 1809 (Mathis, Bd. X, S. 334; Rabe, Bd. X, S. 158) hält die Zurücknahme für unbedenklich, ohne den entgegenstehenden Grund zu widerlegen. Was in der Hinsicht gesagt wird, sind Gründe der Pietät und Klugheit, durch welche die Vormundschaft bewogen werden kann, nachzugeben, wozu sie sich um so mehr bewogen finden wird, als die Kinder ja zur Unterstützung der Eltern, im Falle der Noth, verbunden sind.

19) II, 2, §§. 189—200.

20) II, 18, §. 483. Ein Prozeß über das quantum facere potest findet nicht statt.

20a) II, 2, §. 169. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. I, S. 106 ff. Unter den im §. 169 erwähnten Kapitalien der Kinder, sollen nach einem Plenarbeschlusse des Ober-Trib. v. 11. Mai 1846 auch solche verstanden werden, für welche vom Vater den Kindern besondere Sicherheit (Special-Hypothek) bestellt worden. Pr. 1806 (Pl.-Beschluß) v. 11. Decbr. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 60). — Nicht dazu zu rechnen aber ist ein für die Kinder eingetragenes Wiederkaufsrecht, zu dessen Aufgebung (Nichtausübung) der Vater keiner gerichtlichen Zustimmung bedarf. Ang. v. III S. des Ober-Trib. am 16. März 1849 in Sachen Aschmann c. Sturies, 755/3010 III, 48.

den mit der Substanz vorzunehmenden Veränderungen die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, wenn die Kinder noch minderjährig sind; sonst müssen sie selbst einwilligen; auch wird dieselbe Einwilligung zur Begründung von Meliorationsforderungen erfordert[21]. c) Wenn der Vater wegen einer ihm obliegenden fiskalischen Amtsverwaltung Sicherheit bestellen sollte und ihm dieselbe aus Rücksicht für seine Erhaltung erlassen worden ist: in diesem Falle muß er dem Vormundschaftsgerichte jährlich ein Attest seiner Dienstbehörde über die Richtigkeit der Kasse und Rechnung vorlegen[22]. 5. Die Verwaltung wird dem Vater abgenommen: a) wenn er in einem der besonderen Fälle keine Sicherheit bestellen kann oder will; b) wenn ihm dieselbe erlassen ist und er die jährliche Vorlegung des Attestes über seine richtige Kassen- und Rechnungsführung unterläßt[23]. Auch den Nießbrauch verliert er: c) wenn er vorsätzlich versäumt, dem Gerichte den Eintritt eines solchen Falles, wo er Sicherheit bestellen muß, anzuzeigen[24]; und d) wenn er in Konkurs verfällt oder sonst außer Stand kommt, seine Kinder standesmäßig zu erhalten[25]. Die Kinder können, während sie in väterlicher Gewalt

---

21) §§. 169—175 a. a. O. Das Theilungsverfahren bei einem Miteigenthume der Kinder ist kein Veräußerungsfall in dem hier gemeinten Sinne. Auch in den unter die Vorschrift fallenden Veräußerungen werden öfter ganz mit Unrecht den Vätern von den Vormundschaftsgerichten Schwierigkeiten und Weiterungen gemacht, weil sich viele Richter durch die Rechtsansicht des J. M., wie sie in den Erlassen v. 31. Mai und 6. Juli 1819 und 12. August 1838 ausgesprochen ist, bestimmen lassen. Darnach soll nämlich zu den Erfordernissen einer gültigen Veräußerung durch den Vater die Aufnahme einer Taxe gehören, weil ohne eine solche die Nothwendigkeit der Veräußerung sich nicht prüfen lasse. Der Satz ist nach dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes unrichtig, und der angegebene Grund ist unlogisch. Unlogisch ist der Grund, weil die Taxe niemals ein Mittel sein kann, die Nothwendigkeit der Veräußerung zu beweisen. Die Anforderung überhaupt aber ist in dem Gesetze nicht begründet. Dieses gestattet nämlich, wie bei Mündelgütern, die Veräußerung nur wegen Nothwendigkeit und wegen Nützlichkeit. Die Ursachen, aus welchen eine Nothwendigkeit der Veräußerung zu entnehmen, sind II, 18, §§. 551—553 angegeben. Wenn nun bezüglich auf die Väter bestimmt ist: §. 172. „Das Gericht darf die Einwilligung nicht versagen, wenn der Vater die Nothwendigkeit der Veräußerung nachweist; §. 173. Außer dieser Einwilligung sind zur Gültigkeit deß Geschäfts keine weitern Förmlichkeiten erforderlich;" so ist handgreiflich, daß der Vater nur die Ursache, **warum** er verkaufen will, nachzuweisen hat. Das Uebrige geht das Gericht nichts an. Die Prüfung bezieht sich auf die Ursache der Nothwendigkeit. Anders bei der Veräußerung bloß aus Nützlichkeit.

22) §. 184 das. Die Rechnungsdecharche erfolgt oft erst nach Jahr und Tag.

23) §§. 182, 185, 267 das.

24) §. 200 a. a. O. Hierüber muß förmlich verfahren und erkannt werden.

25) §§. 204—208 und 268 das. Der Verlust des Nießbrauchs trifft außer

stehen, ohne Einwilligung des Vaters keinerlei Verfügung unter Lebendigen über dieses Vermögen treffen, doch aber können sie durch unerlaubte Handlungen den Nießbrauch des Vaters schmälern und ganz zu nichte machen, indem bestimmt ist, daß der dadurch Andern verursachte Schade, in Ermangelung eines freien Vermögens, sogleich aus dem unfreien ersetzt werden soll[26]). Ein dem Röm. peculium profectitium entsprechendes Vermögen der Kinder kommt nicht vor, sondern was dazu gehört, fällt unter das nicht freie Vermögen. Ein anderer erheblicher Unterschied wischen dem R. und Pr. R. besteht darin, daß nach dem Letzteren das Kind auch über das nicht freie Vermögen von Todes wegen verfügen kann[27]). Beides ist Folge des Wegfalls der Röm. Personeneinheit zwischen Vater und Kinde. Daraus folgt ferner auch, daß ein großjähriges Kind in väterlicher Gewalt mit dem Vater selbst über nicht freies Vermögen, ohne vorherige Entlassung aus der Gewalt, und ohne Unterschied des Geschlechts, Verträge schließen kann, ohne daß es eines Kurators bedarf[28]), und zwar in der im Allgemeinen vorgeschriebenen Form. IV. Die Ausschließung des Vaters von der Verwaltung und dem Nießbrauche des Vermögens seiner Kinder ist beschränkt. Zuerst wurde von Justinian der Mutter nachgelassen, dem Vater den Nießbrauch und die Verwaltung von dem Vermögen, welches sie den Kindern nachließ, zu entziehen[29]). Diese Satzung ging mit der Ausdehnung auf jeden Fremden in mehrere deutsche Statuten über[30]). Das A. L. R. gestattet die Ausschließung in Ansehung dessen, was den Kindern von Verwandten oder Fremden zugewendet wird[31]), selbst mit Entziehung der Aufsicht, welche ihm nach andern Statuten verbleibt[32]), auch wenn ihm der Nießbrauch gelassen ist[33]);

---

dem Falle des Konkurses den Vater alsdann nicht, wenn die Kinder aus den Einkünften ihres eigenen nicht freien Vermögens standesmäßig verpflegt und erzogen werden können. Pr. 1740, v. 23. April 1846.

26) §§. 201—203 a. a. O. Diese Bestimmung des §. 203 ist eine Singularität aus vermeintlicher Billigkeit.

27) §. 201 a. a. O. — I, 12, §§. 16 und 18.

28) II, 2, §§. 170, 175, 189, 190. Pr. 1641, v. 30. Oktbr. 1845.

29) Nov. 117, c. 1 u. Auth. excipitur C. de bonis quae libris.

30) Z. E. in die Magdeb. Pol. Ordn. c. 42, §. 4; und Hamburger Statut, P. 3, Art. 6, Tit. 7, doch verlangt das Letztere erhebliche Ursachen.

31) II, 18, §§. 37, 38, 175, 976 u. 979.

32) Z. B. Magdeb. Pol. Ordn. a. a. O.

33) A. L. R. a. a. O. §. 979.

nur mit der Einschränkung für Aszendenten, welche dem Kinde den Pflichttheil schuldig sind, daß sie Diesen auch dem Vater freilassen [34]).

§. 776.

IV. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

A. L. R. II, 2, §§. 210—270. — Schuetze, de origine et fatis doctrinae de egressu ex potestate parentum. Goett., 1798.

I. Die väterliche Gewalt hört auf: A. über einen Sohn: 1. durch Errichtung einer eigenen von den Eltern abgesonderten Wirthschaft und zwar: a) wenn der Sohn großjährig ist, auch ohne Einwilligung des Vaters, der Vater kann aber gerichtlich widersprechen, doch nur aus Gründen, aus welchen der Sohn für einen Verschwender erklärt werden könnte [1]); b) wenn der Sohn minderjährig ist, erst mit Erlangung der Volljährigkeit, im Falle er bis dahin die abgesonderte Wirthschaft fortgesetzt, ohne daß der Vater seinen Widerspruch gerichtlich erklärt und ihn zur Aufgebung der Wirthschaft thatsächlich angehalten hat [2]). 2) Durch den Anfang eines eigenen Gewerbes, und zwar: a) wenn der Sohn minderjährig ist, nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Vaters [3]). b) Der großjährige Sohn bedarf der Einwilligung nicht, die väterliche Gewalt hat aufgehört, selbst wenn der Sohn von dem Vater fortwährend durch Gebung des Tisches oder sonst unterstützt wird; der Sohn kann selbst die Gestaltung des eigenen Gewerbebetriebs, wenn er sich dadurch ohne weitere Unterstützung des Vaters ernähren kann, gegen den Willen des Vaters durchsetzen [4]). 3. Durch Uebernehmung eines öffent-

---

34) II, 2, §. 155. Dies stimmt mit der Meinung mehrerer Lehrer des G. R. überein, z. B. Stryck, U. m. Lib. 25, Tit. 3, §. 4. Entgegen: Schilter diff. 37, §. 23; Ludwig diff. VI, lit. cc.

1) §§. 210, 211 a. a. O. Durch bloßen Erwerb des Stadtbürgerrechts hört die väterliche Gewalt nicht auf. Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VII. S. 139.

2) §. 225 a. a. O. — Boehmer, de statu liberorum sui juris factorum per separationem. Halae, 1721; et in Exercit. I, p. 913 sqq.

3) §§. 218, 224 a. a. O. Die Bestimmung II, 8, §. 477 bezieht sich auf Bevormundete. — Zu solchen Gewerben gehört auch die Uebernahme einer Ackerwirthschaft. Pr. 1661, v. 6. Decbr. 1845 (Entsch. XII, 232).

4) §§. 212 a, 212 b, 213 das. — Sachs. Sp. B. I, Art. 11. — Boehmer, l. c. Cap. II, §. 51.

lichen Amts, wenn der Sohn großjährig ist, ohne Unterschied: ob er von dem Vater ferner gespeis't oder sonst unterstützt wird, oder nicht; der minderjährige Sohn geht hierdurch nicht aus der väterlichen Gewalt, auch wenn er zugleich eine eigene Wirthschaft anstellt[5]. In dieser Beziehung gilt das Referendariat[6] und bei dem aktiven Militair die Stelle eines Premier- oder Seconde-Lieutenants nicht für ein Amt[7]; Gemeine und Unteroffiziere hingegen, welche auf Kapitulation dienen, gehen mit Erreichung der Großjährigkeit aus der väterlichen Gewalt[8], und in Bezug auf die Entschließung zum Fortdienen gilt selbst der minderjährige Soldat für selbstständig[9]. 4. Durch ausdrückliche, bei dem Vormundschaftsgerichte mit Beistimmung des Sohnes erklärte Entlassung eines, volle zwanzig Jahre alten Sohnes. Dieselbe hat, wenn sie von dem leiblichen Vater, nicht aber wenn sie von dem Adoptivvater ausgeht, zugleich die in Beziehung auf Grundstücke und Gerechtigkeiten — die während der Minderjährigkeit nur mit Beitritt des Vaters verpfändet und veräußert werden können — beschränkten Wirkungen einer Majorennitätserklärung[10], von dem Zeitpunkte der Insinuation des von dem Vormundschaftsgerichte darüber ausgefertigten Patents an[11]. Ein auf andere Weise der väterlichen Gewalt entlassener minderjähriger Sohn bleibt insoweit unter der Vormundschaft des Vaters, daß er Grundstücke und Gerechtigkeiten nur mit Genehmigung des Vaters veräußern, verpfänden oder belasten kann[12]. B. Bei Töchtern wird die väterliche Gewalt aufgehoben: 1. durch Verheirathung mit ertheilter oder richterlich ergänzter Einwilligung des Vaters, der jedoch natürlicher, durch

---

5) §§. 212 a, 212 b, 219 a. a. O.

6) R. v. 20. Septbr. 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 755; Mathis X, 35; Rabe, VIII, 677).

7) Anh. z. A. L. R. (II, 2, §. 212 b) §. 90. — R. v. 27. Juli 1821 (Jahrb. Bd. VIII, S. 18).

8) R. v. 13. März und 20. Oktbr. 1812 (Jahrb. Bd. II, S. 170).

9) K. O. v. 10. Febr. 1825 (G. S. S. 15).

10) §§. 214—217, 226 a. a. O. Anh. §. 101. Einer Prüfung der Nützlichkeit u. Genehmigung Seitens des Vormundschaftsgerichts bedarf es hier nicht. Die anscheinend widersprechende Bestimmung II, 18, §§. 715, 716 bezieht sich auf solche, über welche der Vater seine Gewalt verloren hat, z. E. Adoptirte, Anh. §. 101; und auf den Fall, wenn das Kind zur unbeschränkten Selbstständigkeit gelangen soll. §. 226 d. T. vergl. mit II, 18, § 724. Pr. des Otr. v. 3. Juni 1847 (XVIII, 289).

11) Entsch. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 384. Vergl. L. 5 C. de tempore in integrum (II, 53). 12) §§. 226, 227 a. a. O.

keine obervormundschaftliche Aufsicht beschränkter, und auch nicht erst zu bestätigender Vormund der Minderjährigen bleibt[12a]); 2. durch ausdrückliche Erklärung, die jedoch nicht, wie bei Söhnen, zugleich die Wirkung einer Majorennitätserklärung hat[13]). C. Bei Kindern beiderlei Geschlechts: 1. durch Verurtheilung des Vaters zu Zuchthausstrafe[14]), zu einer Einschließung von 10 Jahren und darüber; bei einer kürzeren, aber doch zwei Jahre übersteigenden Gefängnißstrafe ruht die väterliche Gewalt und lebt mit der Ueberstehung der Strafe sowie mit der Begnadigung wieder auf; unterdeß großjährig gewordene Kinder fallen jedoch nicht wieder unter dieselbe zurück[15]); 2. dadurch, daß der Vater gerichtlich für einen Verschwender erklärt wird; 3. dadurch, daß er in der Absicht, sich seinen Unterthanenpflichten zu entziehen, aus dem Lande entweicht; 4. dadurch, daß er die Kinder hülflos und ohne Aufsicht vorsätzlich verläßt. — In diesen Fällen erlangt er die väterliche Gewalt niemals wieder[16]). 5. Dadurch, daß er in Geisteskrankheit verfällt, doch erhält er mit der Wiederherstellung seine Rechte, in Ansehung der alsdann noch Minderjährigen, wieder[17]). 6. Durch den Tod des Vaters oder des Kindes[18]). II. Die Aufhebung hat folgende Wirkungen: 1. In den Fällen A und B hat der Vater dem Kinde a) das bisher verwaltete Vermögen desselben herauszugeben, wobei die für das Güterverhältniß zwischen Eheleuten geltenden Grundsätze, und zwar die von dem Vorbehalte der Frau auf das freie, und die von dem Eingebrachten auf das nicht freie Vermögen, angewendet werden[19]); b) eine Ausstattung und

12a) §§. 228 u. 229 d. T. Bei Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken und Gerechtigkeiten muß jedoch, bei Strafe der Nichtigkeit, die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts, in derselben Weise wie bei Kindern in väterlicher Gewalt, hinzukommen, nach §§. 170 ff. d. T. u. II, 18, §. 743, verbunden mit §. 229 d. T. Vergl. Pr. des Ober-Trib. v. 18. Juni 1850 (J. M. Bl. 1851, S. 282).

13) §. 230 a. a. O. — Anh. §. 91. Pr. 1977, v. 12. Febr. 1848.

14) Strafgesetzbuch §. 11.

15) §§. 255, 260, 265 a. a. O. Hierin hat das moderne Str. G. B. nichts geändert. Die Landesverweisung kommt als Strafe nicht mehr vor.

16) §§. 256—259 a. a. O. Religionswechsel ist kein Grund zur Entziehung der väterlichen Gewalt, es kann daher auch einem Juden die väterliche Gewalt über sein Kind, weil dasselbe Christ geworden, nicht genommen werden. Pr. 1793, v. 29. Oktbr. 1846 (Entsch. XIII, 323.)

17) §§. 261, 262, 265 das.

18) §. 270 a. a. O. Wegen des in dieser Stelle erwähnten bürgerlichen Todes s. o. §. 43, Bd. I, S. 146.

19) §§. 231, 275—293 a. a. O.

zwar dem Sohne zur ersten Einrichtung und zur Anschaffung der unentbehrlichen Geräthschaften für sein Gewerbe, und der heirathenden Tochter zur Hochzeit sowie zur ersten Einrichtung des Hauswesens zu geben, insoweit das Kind kein dazu hinreichendes eigenes Vermögen hat[20]). 2. In den Fällen C wird über die Minderjährigen eine Vormundschaft bestellt, die Nutzungen ihres Vermögens werden zu ihrer Verpflegung und Erziehung, dann zur Unterstützung des Vaters, insoweit er derselben bedarf, verwendet, und im Uebrigen zur Substanz geschlagen; der Vater hingegen wird, so lange er lebt, von seinen mit der väterlichen Gewalt verbundenen Pflichten und Lasten nicht befreit[21]).

Zweiter Abschnitt.

Bei andern Kindern.

§. 777.

1. Von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand.

A. L. R. II, 2, §§. 555—569.

In der Regel sollen von diesen Kindern dieselben Grundsätze gelten, welche bei rechten ehelichen Kindern vorgeschrieben sind[1]). Die Ausnahmen sind: 1. Die Kinder führen den Geschlechtsnamen der Mutter und treten in die mütterliche Familie, nehmen aber nicht Theil an den Rechten der Familie des Vaters und an dessen Stande[2]). 2. Der Vater hat über die Person der Kinder alle Rechte der väterlichen Gewalt; in Ansehung ihres Vermögens jedoch steht er bis zur Großjährigkeit derselben in dem Verhältnisse eines Vormundes und hat als solcher die Verwaltung unter

---

20) §§. 232—244 das. — S. o. §. 600, und wegen des Rechtsweges die Note 10 das. Der Vorbehalt der Anrechnung auf das in den Händen des Gebers befindliche Vermögen des Kindes, versteht sich stillschweigend von selbst, denn die Schuld des Gebers ist ein Umstand, der die Vermuthung der Absicht, zu schenken, ausschließt. I, 11, §. 1045.

21) §§. 263, 264, 269 a. a. O.

1) §. 555 a. a. O. Die erheblichen Ausnahmen lassen von der Regel wenig übrig.

2) §§. 557—560 das. Doch soll zwischen den ehelichen Kindern und den Kindern aus einer Ehe zur linken Hand die zwischen ehelichen Geschwistern bestehende Alimentationsverbindlichkeit gelten. §. 575.

Aufsicht des Vormundschaftsgerichts[3]). 3. Unterhalt und Erziehung haben die Kinder von den Eltern, und hauptsächlich von dem Vater, nur dem Stande der Mutter gemäß und, wenn Diese von bürgerlicher Abkunft ist, nur nach Art der Erziehung der Kinder eines Handwerkers, zu fordern[4]). 4. Nach demselben Verhältniß kann der Vater die künftige Lebensart des Kindes bestimmen und ist er dasselbe auszustatten schuldig. Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung oder vor der Ausstattung, so haben die Kinder das dazu Erforderliche aus dem väterlichen Nachlasse wie eine Schuld zu fordern[5]). 5. Wird die Ehe durch Scheidung getrennt, so muß die schuldige Mutter, eben so wie in einer rechten Ehe, den Kindern den Pflichttheil, und der schuldige Vater muß ihnen die gebührende Ausstattung aussetzen[6]).

§. 778.

2. Von unehelichen Kindern.

A. L. R. II, 2, §§. 592—665. S. die oben bei §. 767 angegebene Literatur.

I. Uneheliche Kinder führen den Geschlechtsnamen der Mutter und erhalten auch den Stand der Mutter zur Zeit der Geburt, mit Ausnahme des Adels und des Wappens; doch treten sie weder in die Familie des Vaters, noch in die der Mutter[1]), es besteht also kein Familienband zwischen ihnen und den ehelichen Kindern ihrer Eltern, nur mit den unehelichen, wenn auch von verschiedenen Vätern abstammenden, Kindern ihrer Mutter stehen sie in dem bürgerlichen Familien-Verhältnisse der Halbgeschwister von der Mutter-Seite[2]). Sie werden bis zum vollendeten 14ten Jahre in der Religion der Mutter, wenn aber diese eine Nichtchristin und der Vater ein Christ ist, in dem Glaubensbekenntnisse des Vaters erzogen[3]). II. Der Vater hat keine Gewalt über die

---

3) §§. 561, 566—569 das. Eine ungerechtfertigte Beaufsichtigung.

4) §§. 562—564 a. a. O.

5) §§. 565, 570—574 das. Ueber den Betrag müssen Gutachter gehört werden, nachdem zuvor die Laufbahn von dem Vormund bestimmt worden ist.

6) §§. 590, 591 a. a. O.

1) §§. 639 — 641 a. a. O. Sie sind mithin der Anfang einer neuen Familie.

2) II, 3, §§. 6—8. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. VI, S. 189.

3) II, 2, §§. 642, 643.

Person des Kindes; uneheliche Kinder stehen immer unter Vormundschaft[4]). III. Das Erziehungsrecht, und was daraus folgt, haben beide Eltern, und zwar die Mutter bis zum zurückgelegten vierten Jahre des Kindes auf Kosten des Vaters, und auf eigene Kosten auch noch nachher; soll der Vater die Kosten länger tragen, so kann er oder der zur Verpflegung verpflichtete väterliche Aszendent das Recht persönlich ausüben[5]), doch immer mit Vorbehalt obervormundschaftlicher Aufsicht und, wo nöthig, abändernder Bestimmung[6]). IV. Der Unterhalt und die Erziehung unehelicher Kinder liegt beiden Eltern, vorzüglich dem Vater ob, in der Regel nur bis zum zurückgelegten 14ten Jahre, nach dieser Zeit nur, wiefern dieselben durch Krankheit oder Gebrechlichkeit außer Stande sind sich zu ernähren, oder die Lebensart, für welche der Vater das Kind bestimmt hat und erziehen lassen, dem Kinde noch nicht gestattet, seinen Unterhalt zu verdienen; jedenfalls hat der Vater das Lehr- und Lossprechegeld zu bezahlen, wenn die Vormundschaft das Kind zu einem Handwerke gegeben hat[7]). Zur Ausstattung ist der Vater nicht verpflichtet[8]). V. Die Vaterschaft bei unehelichen Kindern wird festgestellt: 1. durch freiwilliges ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß des Vaters[9]); 2. durch ein noch bei Lebzeiten des Vaters erstrittenes Urtel, mit Hülfe der rechtlichen Vermuthung, daß der Beischläfer der Erzeuger gewesen sei, wenn die Niederkunft innerhalb des 210ten und 285sten Tages nach dem Beischlafe erfolgt ist und der Einwand, daß die Mutter um die Zeit der Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten habe, nicht gemacht oder nicht bewiesen ist[10]). Doch hat die Praxis in letzter Instanz angenommen, daß zur Begründung des gesetzlichen Erbrechts eines

---

4) §. 644, 614—616 das. — Steht die Mutter in väterlicher Gewalt, so ist der mütterliche Großvater natürlicher Vormund. Anh. §. 95. Dieser ist der obervormundschaftlichen Kontrole nicht unterworfen. Pr. 97, v. 10. Novbr. 1835.

5) §§. 645, 621—623, 628 das. — S. o. §. 595, und Entsch. des Ober-Trib. VIII, 334.

6) §§. 624, 625 a. a. O.

7) §§. 612, 613, 633—637 das. — S. o. §. 595, II, S. 282.

8) §. 612 a. a. O.

9) §. 654 das. — Anh. §. 98. Simon, Rechtsspr. Bd. 1, S. 171. Pr. 16 v. 1833 u. Pr. 149, v. 30. Januar 1837.

10) §§. 653, 654 a. a. O. — II, 1, §. 1077. — M. Aufsatz im Schles. Arch., Bd. V, S. 185 ff. — S. o. §. 767, Note 17.

unehelichen, von dem vorgeblichen Vater nicht freiwillig anerkannten Kindes in den Nachlaß dieses Vaters nicht hinreichend sei, wenn der Letztere durch ein gegen ihn ergangenes Erkenntniß rechtskräftig für den Vater erklärt und zur Alimentation des Kindes verurtheilt worden ist; daß vielmehr dem Kinde in dem ergangenen Erkenntnisse das Erbrecht ausdrücklich vorbehalten sein müsse[11]. Dieser Schluß ist unlogisch, da die Vaterschaft der Verpflichtungsgrund ist (§. 593, 595).

§. 779.

3. Von Pflegekindern.

A. L. R. II, 2 §§. 753—773. Ganz neu.

Unter Pflegekindern werden nicht bloß Findlinge, sondern überhaupt solche Kinder verstanden, welche, verlassen von Denjenigen, denen die Ernährung und Erziehung gesetzlich obliegt, von Jemand in Pflege genommen werden. I. Durch eine solche Aufnahme, für welche keine Form vorgeschrieben ist, wird ein dem Verhältnisse zwischen eheleiblichen Eltern und Kindern Aehnliches, in Ansehung der Person, begründet, welches jedoch von Seiten der Pflegeeltern willkührlich wieder aufgehoben werden kann[1]. Die leiblichen Eltern können die Wiederauslieferung des Kindes nur gegen Erstattung der bisherigen Verwendungen fordern, weil die Pflegeeltern ein Recht auf die Hausdienste des Kindes, nach vollendeter Erziehung, haben[2]. Hinsichtlich der religiösen Erziehung ist es wie bei eheleiblichen Kindern[3]. Die Pflegeeltern sind dem Kinde eine ihrem Stande angemessene Erziehung zu geben schuldig; ist jedoch das Kind von geringerer oder unbekannter Herkunft, so steht die Art der Erziehung und des Unterhalts in ihrem Belieben[4]. Die künftige Lebensart des Kindes bestimmt der Pflegevater und bei der Verheirathung ist seine und nicht der leiblichen Eltern Einwilligung erforderlich[5]. II. In Ansehung des Vermögens hat

---

11) Plenarbeschl. v. 2. April 1849 (Entsch. des Ober-Trib., Bd. XVII, S. 513).

1) §§. 753, 771 a. a. O.

2) §§. 764, 765, das. Die leiblichen Eltern haben dabei keine Stimme.

3) Anh. z. A. L. R. (II, 2, §. 754) §. 104.

4) §§. 755, 756 a. a. O. Das Verhältniß ist ein Faktum.

5) §§. 757, 758 das. Auch wenn das Kind bevormundet ist.

der Pflegevater gar keine Rechte; es ist damit wie bei Adoptivkindern [6]). III. Verwandtschafts- oder Familienverhältnisse entstehen gar nicht; die dem Kinde außer dem Unterhalte und der gewöhnlichen Kleidung gegebenen Geschenke können die Pflegeeltern, wenn das Kind stirbt, aus dem Nachlasse zurücknehmen [7]). IV. Pflegekinder gemeiner oder unbekannter Herkunft müssen den Pflegeeltern, nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre, zur Vergeltung so viele Jahre, gegen den üblichen Lebensunterhalt des Gesindes, im Hause oder in der Wirthschaft dienen, als sie vorher verpflegt worden. Diese Verbindlichkeit erlischt mit dem Tode der Pflegeeltern, oder wenn sich Gelegenheit zu einer Heirath für das Kind findet, oder wenn die Pflegeeltern ihre Rechte so mißbrauchen, daß Leben, Ehre, Gesundheit, Sitten oder Gewissensfreiheit des Kindes gefährdet werden [8]). Entlassen die Pflegeeltern das Kind vor dem 14ten Jahre, so haben sie wegen des bis dahin Geleisteten gar nichts zu fordern [9]).

Drittes Kapitel.

Gesinde-Verhältniß.

A. L. R. II, 5. — An die Stelle des subsidiarischen Landrechts und der einzelnen Provinzial-Gesinde-Ordnungen ist, nach Aufhebung der Unterthänigkeit, eine neue, wenig modifizirte Redaction des fünften Titels, II. Theils des A. L. R. als „Gesinde-Ordnung für sämmtliche Provinzen der Preußischen Monarchie" getreten, welche mittelst Patents vom 8. November 1810 (G. S. S. 101) für den ganzen Staat, in seinem damaligen Umfange, als Prinzipalrecht vorgeschrieben und später, mit dem A. L. R. zugleich, in die neuen und wieder erworbenen Landestheile eingeführt worden ist. Dieser Theil des Rechtsstoffs gilt mithin im ganzen Lande da, wo das A. L. R. Gesetzeskraft hat, als Prinzipalrecht. — Nach der Zeit ist, unterm 11. April 1845, für Neu-Vorpommern und das Fürstenthum Rügen eine besondere Gesindeordnung gegeben, (G. S. S. 391). — Für die Landestheile des französischen Rechts steht eine solche noch in Aussicht. — J. H. W. Kirchhoff, Gesinderecht nach den Grundsätzen des allgemeinen und Preußischen Rechts, und mit vorzüglicher

---

6) §§. 759, 760 das.

7) §§. 761—763 das. Dergleichen Gegenstände sind also nur als geliehen zu betrachten.

8) §§. 764—770 a. a. O. Hierüber entscheidet das Vormundschafts-Gericht.

9) §. 771 das. Versteht sich wegen Mangels jeder causa von selbst.

Berücksichtigung der Provinzialgesetze und Statute in Neuvorpommern und Rügen. Stralsund, 1835. — Im Uebrigen besteht die reiche Literatur nur aus Sammlungen von polizeilichen Erlassen und populairen Schriften. Von den Sammlungen ist vorzugsweise anzumerken: Dr. L. Hoffmann, die allgemeine Preuß. Gesindeordnung, nebst ihren Ergänzungen und Erläuterungen. Ein Handbuch für Polizeibehörden, Magistrate und Dienstherrschaften. Berlin, 1840. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur: Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechtes. Erlangen, 1794. — Krünitz, das Gesindewesen nach Grundsätzen der Oeconomie und Polizei. Berlin, 1799.

§. 780.

Einleitung.

Seitdem die Leibeigenschaft, bekannt unter dem mildern Ausdrucke der Unterthänigkeit, aufgehoben worden, ist das Gesindeverhältniß nirgend im Lande mehr bloß ein Zustandsverhältniß, sondern zusammengesetzt aus Zustands- und aus Forderungsrechten, und bildet so den Uebergang von dem Familienrechte zu dem Forderungenrechte (§. 706). Es beruhet zwar durchaus nicht auf irgend einer Art von erblicher Unterwürfigkeit, kann vielmehr nur durch freie Uebereinkunft, und nur auf eine voraus bestimmte oder von beiderseitiger Aufkündigung abhängige Dauer begründet werden, aber das Gesinde übernimmt dadurch nicht lediglich gewisse obligatorische Leistungen, sondern tritt in den Hausstand des Dienstherrn, wird ein zu Dienstleistungen bestimmter vertragsmäßiger Genosse der Familie desselben*), und unterwirft seine ganze Person in gewisser Hinsicht der Botmäßigkeit und häuslichen Disziplinargewalt des Hausherrn, vermöge welcher Unterwerfung die Herrschaft Gehorsam und Ehrerbietung von dem Gesinde fordern und selbst die Person des Dienstboten gegen Dritte verfolgen kann**). Deswegen betrachtet die Gesetzgebung mit Recht das Gesindeverhältniß als dem Familienrechte angehörig***). Die Dienerschaft zerfällt in drei Klassen: in gemeines Gesinde, d. i. dasjenige Personale, welches die in dem Haushalte oder in der Wirthschaft

---

*) Deshalb können z. B. die von einer Privatgesellschaft (Markgenossen, Gewerkschaften, Aktionairen rc.), welche nicht unter sich eine Familie bildet, angenommenen Beamten weder zu dem gemeinen Gesinde, noch zu den Hausofficianten gezählt werden. Pr. 1089, v. 8. Januar 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 219.)

**) Gesindeordnung §§. 9, 11, 27, 76.

***) I, 1, §. 4. Vergl. Proz.-O. Tit. 27, §. 13.

vorkommenden mechanischen Verrichtungen ausführt; in Aufseher und solche Diener, welche für gewisse, technisch zu treibende, Geschäfte in der Haushaltung oder Wirthschaft angenommen sind; und in solche Diener, welche nicht für eigentliche Haushaltungs- oder Wirthschaftsgeschäfte, sondern zu Leistungen in Künsten und Wissenschaften in die Familie aufgenommen sind. Auf die beiden letzten Klassen beziehen sich einige besondere Grundsätze, weshalb von jeder Klasse für sich zu handeln ist. Anzuhängen sind die Vorschriften über die von Fremden in das Land gebrachten Sklaven

I. Vom gemeinen Gesinde.

§. 781.

1. Begründung des Verhältnisses.

Das Verhältniß wird begründet durch einen Vertrag, wodurch der Dienstbote die Verrichtung gewisser häuslicher oder wirthschaftlicher Dienste auf eine geradezu bestimmte oder von einer gewissen Aufkündigung abhängig gemachte Zeit übernimmt, und die Herrschaft eine bestimmte Belohnung dafür zu geben verspricht [1]) I. Die Erfordernisse sind: 1. Auf Seiten der Herrschaft muß der Vertrag in der Regel von dem Manne geschlossen werden [2]). Ausnahmen finden statt: a) wenn die Frau den Mann in Krankheits- oder Abwesenheits-Fällen in der häuslichen Verwaltung zu vertreten befugt ist (§. 572); b) wenn weibliche Dienstboten anzunehmen sind: diese kann die Frau miethen, doch darf sie der Mann, nach seinem Befinden, noch vor der verabredeten Zeit, nach gesetzmäßiger Aufkündigung, entlassen [3]). 2. Auf Seiten des Dienstboten muß entweder Selbstständigkeit, oder Zustimmung derjenigen Person, welcher er unterworfen ist, vorhanden sein; diese Einwilligung ist jedoch nur bei der ersten Vermiethung erforderlich; dagegen müssen Dienstboten, welche schon vermiethet gewesen sind, von der letzten Herrschaft wirklich entlassen worden sein. Fehlt es an

---

1) Ges.-Ordn. §. 1. Säugammen gehören also nicht zum Gesinde.

2) Ebendas. §. 2. Oder von dessen Haus- oder Wirthschaftsaufseher.

3) §§. 3, 4 das. — Die Berechtigung der Frau zum Miethen des Hausgesindes ist altes deutsches Recht. Grimm, Alterthümer, S. 447.

der ersten Einwilligung der Machthaber über die Person, oder an der Entlassung der letzten Herrschaft, so kann der Dienstbote durch den Berechtigten von dem Miether abgefordert werden, und der Miether, welcher, ohne sich die erforderlichen Bescheinigungen beibringen zu lassen, gemiethet hat, wird polizeilich bestraft[4]). 3. Der Dienstbote muß noch frei sein, d. h. noch nicht mit einer andern Herrschaft ein Miethsverhältniß geschlossen haben, sonst kann die ältere Herrschaft den Dienstboten von der neuern, bei der er den Dienst angetreten hat, mittelst des gegen die Herrschaft zu richtenden interdictum de liberis ducendis utile und der damit zu kumulirenden, aber gegen den Dienstboten gerichteten actio de statu herile, abfordern und der Dienstbote wird polizeilich gestraft[5]). 4. Der Lohn, wozu auch Beköstigung oder Kostgeld gehört, muß bestimmt sein; sonst geht es nach der Ortsgewohnheit, worüber die Polizei zu befinden hat. Das Versprechen von Weihnachts-, Neujahrs-, Markt- und dergleichen Geschenken ist unverbindlich, und das Gegebene kann auf den Lohn angerechnet werden, wenn das Verhältniß, durch Schuld des Gesindes, vor der Zeit aufgehoben wird. Die Livree, mit Ausnahme der besondern Staatslivree, Mäntel, Kutscher-Pelze und dergleichen, wird mit Ablaufe der bestimmten oder ortsgewöhnlichen Tragezeit, als Theil des Lohns, Eigenthum des Dienstboten[6]). 5. Bestimmung der Dauer. Auf immerwährende Zeit kann sich Niemand vermiethen. Ist der Vertrag von einem minderjährigen Dienstboten, wenngleich mit Zustimmung des Vaters oder Vormundes, auf eine über die Minderjährigkeit hinaus reichende Zeit geschlossen, so kann der Dienstbote bei Erlangung der Großjährigkeit den Dienst aufkündigen. Ist über die Dauer nichts verabredet, so versteht sich bei solchem Gesinde, welches zu häuslichen oder die Person der Herrschaft und der Familienglieder angehenden Diensten gemiethet ist, eine vierteljährige und bei einem für die Landwirthschaft bestimmten Dienstboten eine einjährige Dauer[7]). II. Als Form ist das Geben und

---

4) §§. 5—12 a. a. O.

5) §§. 27—31 a. a. O. Diese Streitigkeiten werden durch die Polizei geschlichtet.

6) §§. 32—39 a. a. O.

7) §§. 40, 41, vergl. mit §§. 55, 102 a. a. O. Der I. Senat des Ober-Trib. hat jedoch angenommen, daß die Frage: ob ein Gesinde zum Land- oder Stadt- (ländlichen oder städtischen) Gesinde zu rechnen, nach dem Orte wo? nicht nach der Art wie? gedient wird, zu entscheiden sei. Pr. 2099. Stimmt nicht mit dem Leben, auch nicht mit der Grundansicht der Gesetzgebung in anderer Beziehung. S. Pr. O. Tit. 50, §. 393, Nr. 5.

Nehmen des Miethsgeldes vorgeschrieben[8]). Der Betrag ist der Uebereinkunft überlassen. Das Miethsgeld wird auf das Lohn angerechnet, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist, und auch in diesem Falle, wenn das Gesinde aus eigener Schuld die verabredete Zeit nicht aushält[9]).

2. Wirkungen.

§. 782.

a. Zustandsrechtliche Wirkungen.

I. Das Gesinde ist der Herrschaft Gehorsam, Ehrerbietung und besondere Treue schuldig, und darf sich nicht eigenmächtig von Hause entfernen[1]). Die Herrschaft hat zwar keine eigentliche Disziplinargewalt über das Gesinde, aber das Gesinde darf, wenn Es die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn reizt und darauf von ihr gescholten oder mit geringen Thätlichkeiten behandelt wird, nicht wegen Beleidigung klagen, oder sich thätlich widersetzen[2]). Vergehungen des Gesindes gegen die Botmäßigkeit der Herrschaft werden an ihm, bis auf 14 Tage Gefängniß oder 5 Thlr. Geld, polizeilich bestraft[3]). Widersetzlichkeiten und zur Gewohnheit gewordenes Auslaufen kann die Herrschaft selbst, durch sofortige Entlassung des Dienstboten, ahnden[4]). II. Die Herrschaft ward sonst nach deutsch-rechtlicher Ansicht durch die dem Gesinde, in Beziehung auf das Dienstverhältniß, zugefügten Injurien, mittelbar beleidigt und konnte auf Bestrafung des Beleidigers klagen,

---

8) §§. 22, 23 das. Das G. R. kennt keine Form. Daher die abweichende Bestimmung des §. 23 der neuen Ges.-Ordnung für Neuvorpommern.

9) §§. 24—26 a. a. O.

1) §§. 70—76 das. — Hagemann, Landwirthsch. R. §. 60 Nr. 1.

2) §§. 77—79 das. — Schles. Arch. Bd. II, S. 571. — Struben, rechtl. Bed. Bd. III, Nr. 39.

3) §§. 80, 81 a, a. O. R. v. 17. April 1812.

4) Ges.-Ordn. §§. 117 flg. Die rheinländischen Verfasser des Strafgesetzbuches haben, nach französischer Rechtsanschauung, hier einen Grundzug des deutschen Gesinde-Verhältnisses ausgelöscht, indem sie das für sie nicht erkennbar gewesene Recht der auf Zustandsrechten ruhenden hausherrlichen Botmäßigkeit, kleine Diebereien und Veruntreuungen ohne Einmengung des Richters abzuthun, ausgemärzt haben. Str. G. B. §. 229. Vergl. das A. L. R. II, 20, §. 1138. Durch dieses neue Muster von Str. G. B. ist ganz unversehens und den Verfertigern unbewußt manches Loch in das auf deutschen Ansichten beruhende Privatrecht gekommen.

wenn auch der beleidigte Dienstbote die Injurien nicht rügen konnte oder wollte[5]). Sie hat das Gesinde zum öffentlichen Gottesdienste anzuhalten[6]) und ist ihm Schutz schuldig, gegen zur Familie gehörige Personen, vor Angriffen auf die Züchtigkeit und Anmuthungen zu unerlaubten oder unsittlichen Handlungen[7]). Sie ist auch verpflichtet, so lange das Dienstverhältniß dauert, für den kranken Dienstboten, auch wenn er sich die Krankheit nicht durch den Dienst, oder bei Gelegenheit desselben, zugezogen hat, hinsichtlich der Kur und Verpflegung in dem Falle zu sorgen, wo er keine dazu gesetzlich schuldige und vermögliche Verwandten in der Nähe hat und auch keine öffentliche, zur Aufnahme solcher Kranken bestimmte, Anstalten vorhanden sind; und sie kann nur die Kurkosten von dem laufenden Lohne für die Periode, in welche die Krankheit fällt, abziehen, nicht aber Ersatz aus den Rückständen durch Kompensation nehmen oder aus dem sonstigen Vermögen des Dienstboten fordern[8]). III. Der Dienstbote ist ein Bestandtheil des Hausstandes der Herrschaft, kann als solcher von jedem Dritten abgefordert werden (§. 781, I, 3), und ist zwar nicht zeugnißunfähig aber doch nicht völlig glaubwürdig in Sachen seiner Herrschaft[9]).

§. 783.

b) Obligatorische Rechte.

I. Das Gesinde hat folgende Verbindlichkeiten: 1. Es muß zur bestimmten Zeit anziehen und den Dienst antreten, sonst findet polizeilicher Zwang statt. Ist dieser erfolglos, so muß das Gesinde das Miethsgeld zurückgeben und der Herrschaft Dasjenige ersetzen, was ein anderer Dienstbote mehr kostet; ist Es durch Zufall verhindert, oder weiset es nach, daß die Herrschaft im letzten

---

5) II, 20, §§. 566, 568. Auch das hat man nach seiner Weise durch Str. G. B. §. 162 verbessert.

6) Ges.-Ordn. §. 84. Die Satzung ist ohne praktische Folge.

7) Ebendas. §§. 138, 136. Die Verletzung dieser Pflicht führt praktisch zur Aufhebung des Verhältnisses.

8) §§. 88—93 das.

9) A. G. O. I, 10, §. 233, Nr. 5. — Ist nach G. R. streitig. **Leyser**, Med. sp. 283 m. 13; **Hommel**, Rhaps. Obs. 56 et 211 v. famuli. — **Glück**, Erläut. Th. XXII, S. 157 flg.

Jahre dem Gesinde Ursache zum sofortigen Abzuge gegeben hat: so genügt die Rückgabe des Miethsgeldes; kann ein weiblicher Dienstbote vor dem Dienstantritte heirathen: so darf er eine andere taugliche Person stellen oder nach einem Vierteljahre, bei Landwirthschaften nach einem halben Jahre, wieder abziehen [1]). 2. Es darf den angetretenen Dienst nicht früher verlassen, als bis es bei der neuen Herrschaft anziehen muß, wenn der Dienst nicht schon früher beendigt ist; sonst hat die Herrschaft die Wahl, das ausgetretene Gesinde durch polizeilichen Zwang zur Fortsetzung des Dienstes anhalten zu lassen, oder ein Anderes anzunehmen und Schadensersatz und Mehrkosten zu fordern auch Polizeistrafe eintreten zu lassen [2]). 3. So lange das Verhältniß dauert, muß das Gesinde, welches nicht ausschließlich zu gewissen bezeichneten Diensten gemiethet ist, alle häuslichen, und wenn es in eine Landwirthschaft gemiethet ist, alle zu derselben gehörigen, erlaubten Geschäfte, nach der Anordnung des Hausherrn, persönlich, mit Treue, Fleiß und Aufmerksamkeit verrichten, und auch solches Gesinde, welches für eine bestimmte Art von Diensten angenommen ist, muß noch andere Dienste verrichten, wenn das dazu bestimmte Nebengesinde verhindert wird [3]). 4. Der Dienstbote muß dabei für Vorsatz, grobes und mäßiges Versehen haften; für ein geringes Versehen nur dann, wenn er gegen den ausdrücklichen Befehl der Herrschaft gehandelt, oder zu solchen Diensten, welche einen vorzüglichen Grad von Aufmerksamkeit erfordern, sich vermiethet hat [4]). 5. Die Herrschaft kann sich wegen des Schadensersatzes an den Lohn des Gesindes halten, und wenn dieser und die übrigen Habseligkeiten des Dienstboten unzureichend sind, muß Derselbe die Schuld abdienen [5]). II. Die Herrschaft ist dem Gesinde Folgendes schuldig: 1. Sie muß den gemietheten Dienstboten mit dem bestimmten Antrittstage aufnehmen und bis zu Ende der verabredeten oder sich von selbst verstehenden Zeit behalten, ausgenommen, wenn das Gesinde zuerst den Antritt des Dienstes ver-

---

1) Ges.-Ordn. §§. 42, 43, 45, 51—55. Wegen des ländlichen Gesindes s. m. oben Note 7 zu §. 781.

2) Ebendas. §§. 44, 167, 168. Auch im Falle des Zwanges muß für das Versäumte Ersatz geleistet werden.

3) §§. 56—64 das.

4) §§. 65—67 das. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 60, Nr. 1.

5) §§. 68, 69 a. a. O. Ueber das Vorzugsrecht der Herrschaften im Konkurse des Gesindes s. o. §. 498. V.

weigert oder wenn die Herrschaft einen gültigen Grund hat, den Vertrag sogleich aufzuheben (§. 784), in welchen Fällen das Gesinde das Miethsgeld zurückgeben muß. Weigert die Herrschaft die Annahme oder entläßt sie das Gesinde vor der Zeit ohne rechtlichen Grund: so muß das Gesinde sogleich nach der Weigerung oder Entlassung bei der Polizei antragen, daß die Herrschaft bei befundener Grundlosigkeit der Weigerung zur Annahme und beziehlich Wiederaufnahme angehalten werde, was natürlich nur so lange ausführbar, als die Dienstzeit noch nicht abgelaufen ist [6]). Wird das Gesinde wieder aufgenommen, so hat Es weiter Nichts zu fordern; leistet aber die Herrschaft der polizeilichen Aufforderung nicht Folge: so verliert sie das Miethsgeld und muß dem Dienstboten auf die noch bevorstehende Dienstzeit Lohn, Livree und Kostgeld geben, doch kommt ihr darauf zu statten, was der Dienstbote durch ein anderes Unterkommen erhält [7]). Die Klage des Gesindes auf Entschädigung für die übrige Dienstzeit wurde, nach einer sehr verbreiteten Ansicht, nur dann für zulässig erachtet, wenn das Gesinde sich zuvor an die Polizeibehörde gewandt hatte und die Herrschaft von Dieser zur Wiederaufnahme vergeblich aufgefordert worden war. Diese Ansicht ist durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals, wonach die Klage auch dann, wenn der Dienstbote die Einwirkung der Polizeibehörde Behufs der Wiederaufnahme ohne Erfolg in Anspruch genommen hat, zuzulassen werden soll, verdrängt [7a]). Diese polizeiliche Hülfe kann noch während der ganzen kontraktlich bestimmten Dauer der Dienstzeit, Behufs Fortsetzung des Dienstes oder Entschädigung für die übrige Dienstzeit, in Anspruch genommen werden [7b]). 2. Sie muß Lohn und Kleidung zu den bestimmten Zeiten entrichten und die versprochene Kost in gesunder und genießbarer Beschaffenheit und in zureichender Menge geben; mehr als ausbedungen ist sie auch für außerordentliche Dienste, z. B. bei Krankheiten, nicht

---

6) Entscheid. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 61 flg.

7) Ges.-Ordn. §§. 47—50, 160—166. — Schles. Arch. Bd. I, S. 503. — Entsch. des O.-Tr. a. a. O. — Von der Verpflichtung des Dienstherrn gegen den unzeitig, ohne hinlängliche Ursachen entlassenen Dienstboten; in Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. I, Nr. 25.

7a) Plenarbeschluß vom 11. Decbr. 1846 (Just.-Min.-Bl. für 1847, S. 94) u. Entsch. Bd. XIV, S. 81).

7b) Präj. des Ober-Trib. 2098, v. 20. Decbr. 1848.

schuldig[8]). 3. Sie darf dem Gesinde nur nach Maßgabe seiner Leibesbeschaffenheit und Kräfte Dienste zumuthen[9]). 4. Sie muß den durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben krank gewordenen Dienstboten auf ihre Kosten heilen und verpflegen lassen und darf ihm auf die dazu erforderliche Zeit von dem Lohne nichts abziehen[10]); ein dergleichen Abzug findet auch nicht statt, wenn das Gesinde außerdem durch Krankheit ohne eigene Schuld an seiner Dienstverrichtung verhindert wird, nur kann die Herrschaft sich die verwendeten Kurkosten aus dem laufenden Lohne erstatten[11]). Ueber die Dauer des Verhältnisses hinaus ist die Herrschaft für Kurkosten und nothdürftigen Unterhalt des Gesindes nur unter eben denselben Voraussetzungen zu sorgen schuldig, unter welchen ein Machtgeber den dem Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Auftrags durch Unfall zugestoßenen Schaden ersetzen muß[12]). 5. Das Gesinde hat, wegen seiner Forderungen aus dem Dienstverhältnisse, in dem Konkurse über das Vermögen der Herrschaft das Vorrecht der Zweiten Klasse, und das Landwirthschaftsgesinde hat selbst ein Realrecht an das Grundstück vor den Hypothekarien (§§. 493 und 496).

3. Auflösung des Verhältnisses.

§. 784.

a) Beendigungsarten.

Das Verhältniß hört auf durch den Tod des Gesindes und durch den Abschied. Der Ablauf der Dienstzeit ist für sich keine Auf-

---

8) §§. 82, 83 a. a. O. — Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 80.

9) §. 85 a. a. O.

10) §§. 86, 87 das. „Bei Gelegenheit des Dienstes krank werden" ist unbestimmt. Es ist doch wol jedenfalls eine ursachliche Verbindung gemeint. Der Ausbruch einer Krankheit, gerade bei einer dienstlichen Verrichtung, kann der Herrschaft wol keine Verbindlichkeit auflegen, wenn die Ursache eine andere ist.

11) S. o. §. 782, II. Ist nach G. R. streitig. Hommel, Rhaps. Obs. 332; Leyser, Med., sp. 212 m. 5; Kind, Quaest. for. Tom. II, c. XXII und A. suchen den von dem Pr. R. angenommenen Satz zu begründen und sind daher als Quelle des Pr. R. anzusehen. Andere bestreiten ihn, wollen aber doch wegen kurzer Dienstunfähigkeit, nach Analogie L. 27 D. locati cond. (XIX, 2), einen Abzug nicht gut heißen. S. bes. Struben, rechtl. Bed. Bd. III, Nr. 69. Aus dem Gesichtspunkte der bloßen Dienstmiethe (locatio conductio) ist das richtig; aber dieser ist bei der rechtlichen Beschaffenheit des Verhältnisses nach Pr. R. nicht entscheidend, sonst müßten auch alle übrige zustandsrechtliche Wirkungen (§. 782) wegfallen.

12) Ges.-Ordn. §§. 94, 95. — A. L. R. I, 13, §§. 80, 81. — S. o. §. 657.

hebungsart. I. Stirbt der Dienstbote, so erlischt damit das ganze Verhältniß, und weder die Herrschaft hat Obliegenheiten mehr, selbst hinsichtlich des Begräbnisses, noch sind die Erben in dienstlicher Beziehung für Etwas weiter zu sorgen schuldig, nur versteht sich, daß die aus dem Verhältnisse bereits entstandenen Schulden wie die Forderungen auf sie übergehen. Lohn und Kostgeld haben sie nicht bis zum Todestage, sondern nur bis zum Krankenlager zu fordern[1]). II. Der Abschied besteht in der rechtmäßigen Verlassung des Dienstes und kann aus rechtlichen Ursachen, wider den Willen des andern Theils, gegeben oder gefordert werden. Das abziehende Gesinde ist schuldig, Alles, was ihm in Folge des Dienstverhältnisses anvertraut worden, vor Verlassung des Dienstes zurückzuliefern oder das durch seine Schuld daran Fehlende und Beschädigte zu ersetzen[2]). Die Herrschaft ist dagegen schuldig, dem Gesinde ein schriftliches Zeugniß über den Abschied und über die ihr geleisteten Dienste zu ertheilen[3]). Wird darin dem Gesinde wahrheitswidrig Etwas zur Last gelegt, was dessen Fortkommen hindert, so kann das Gesinde sich von der Polizei, welche die Sache zu untersuchen hat, ein der Wahrheit gemäßes Zeugniß, auf Kosten der Herrschaft, ausfertigen lassen; hat dagegen die Herrschaft einem lasterhaften oder ungetreuen Gesinde, wider besseres Wissen, die entgegengesetzten Tugenden bezeugt, so wird

---

1) Ges.-Ordn. §§. 99, 100. Daß die Erben auf die Zeit des Krankenlagers keinen Lohn fordern können, während doch dem Dienstboten selbst, wenn er genesen ist, darauf kein Abzug gemacht werden darf, folgt aus dem Zustandsverhältnisse des Gesindes.

2) §§. 169, 170 a. a. O.

3) Ebendas. §. 171. Unrecht ist die Gewohnheit, daß dazu auch das Gesinde, welches nicht vor der Zeit oder aus eigener Schuld abzieht, den Stempel anschafft. Wer die Urkunde schuldig ist zu geben, muß selbst sich das Material dazu verschaffen. Ein Erlaß des Pol. M. v. 26. Febr. 1840 (Min. Bl. f. d. i. Verw. 1840, S. 104) sagt in dieser Beziehung: „Daß diese Verpflichtung (den Schein zu ertheilen) nur dann eintrete, wenn das abziehende Gesinde einen solchen Schein verlangt, und die Herrschaft zur Ausstellung desselben in den Stand setzt, geht unzweifelhaft daraus hervor, daß die Herrschaft nicht gehalten ist, das vorschriftsmäßig dazu erforderliche Stempelpapier anzuschaffen, ohne dessen Gebrauch sie Stempelstrafe verwirken würde." Daß die Herrschaft nicht gehalten sei, das Stempelpapier anzuschaffen, ist eben bestritten. Der Grund, daß sie Stempelstrafe verwirken würde, beweiset das Gegentheil, denn nur derjenige wird mit der Steuer-Defraudations-Strafe belegt, welcher die Steuer zu zahlen schuldig ist. Der andere Grund: „wenn das Gesinde die Herrschaft zur Ausstellung 2c. in den Stand setzt," ist erstlich unrichtig, indem das Gesinde eine solche Verbindlichkeit nicht auf sich hat, und zweitens beweis't er zu viel, indem daraus auch folgen würde, daß das Gesinde auf seine Kosten dem Schreibens unkundigen Dienstherrn Schreibunterricht geben lassen müßte.

sie der folgenden Herrschaft für den ihr durch solche Laster und Veruntreuungen des Dienstboten verursachten Schaden subsidiarisch verantwortlich und überdieß polizeilich bestraft[4]).

§. 785.

b) Verabschiedungsgründe.

I. Ein gemeinsamer Verabschiedungsgrund ist der Ablauf der Dienstzeit, wenn zur gehörigen Zeit vorher aufgekündigt worden ist. Welcher Theil den Dienst nachher nicht fortsetzen will, muß, wenn keine andere Verabredung ausdrücklich getroffen ist, dem Andern, bei häuslichem Gesinde sechs Wochen, bei Landwirthschaftsgesinde drei Monate vor dem Ablaufe der Dienstzeit, bei monatweise gemietheten Dienstboten am 15ten jedes Monats, aufkündigen, sonst ist das Dienstverhältniß bei häuslichem Gesinde auf ein Vierteljahr, bei Landgesinde auf ein ganzes Jahr, bei monatweise gemiethetem Gesinde auf Einen Monat von selbst verlängert[5]). II. Das Gesinde kann wider seinen Willen von der Herrschaft entlassen werden: 1. ohne Kündigung sofort: a) wenn es die Herrschaft oder deren Familie thätlich oder durch Schimpf- und Schmähworte oder durch ehrenrührige Nachreden beleidigt, oder die Familienglieder gegen einander boshaft verhetzt; b) wenn es beharrlich[5a]) ungehorsam oder widerspenstig gegen die Befehle der Herrschaft in Dienstangelegenheiten ist; c) wenn es gegen einen ihm vorgesetzten Aufseher im Amte thätlich oder mit groben Schimpf- und Schmähreden sich widersetzt; d) wenn es die Kinder der Herrschaft zum Bösen verleitet oder verdächtigen Umgang mit ihnen pflegt; e) wenn es die Herrschaft oder deren Hausgenossen bestiehlt oder betrügt; f) wenn es sein Nebengesinde zu einem oder dem andern dieser Dienstvergehen verleitet; g) wenn es auf den Namen der Herrschaft, ohne deren Vorwissen, Geld oder Waaren leihet oder borgt; h) wenn es die

---

4) §§. 172—176 a. a. O.

5) §§. 110—117 a. a. O. Vergl. über den Begriff des ländlichen Gesindes o. Note 7 zu §. 781.

5a) Der beharrliche Ungehorsam setzt wiederholte Befehle der Herrschaft und deren Nichtbefolgung von Seiten des Dienstboten voraus. Pr. 741, v. 7. Oktbr. 1839. Die Wiederholung kann sich auf Eine Verrichtung beziehen, welche der Dienstbote verweigert; es ist nicht erforderlich, daß andere Befehle an andern Tagen unbefolgt bleiben.

noch nicht verdiente Livree ganz oder theilweise verkauft oder versetzt; i) wenn es wiederholentlich ohne Vorwissen und Erlaubniß der Herrschaft über Nacht ausbleibt; k) wenn es mit Feuer und Licht, gegen vorherige Warnungen[6]), unvorsichtig umgeht; l) wenn es, auch ohne vorherige Warnung, unvorsichtig schon wirklich Feuer verursacht hat; m) wenn es sich durch Liederlichkeit eine ansteckende oder ekelhafte Krankheit zugezogen hat; n) wenn es ohne Erlaubniß seines Vergnügens wegen ausläuft, oder ohne Noth über die erlaubte oder erforderliche Zeit ausbleibt, oder sonst den Dienst muthwillig vernachlässigt und auf wiederholte Warnung sich nicht bessert; o) wenn es trunk-, spiel- oder zanksüchtig ist und sich auf Vermahnung nicht bessert; p) wenn es zu dem Dienste, für welchen es sich, unter der Versicherung dazu geschickt zu sein, vermiethet hat, ganz untauglich ist; q) wenn es über 8 Tage verhaftet bleibt; r) wenn ein weibliches Gesinde schwanger wird; s) wenn das Gesinde die Herrschaft bei der Annahme durch Vorzeigung falscher Zeugnisse hintergangen hat; t) wenn es bei der vorigen Herrschaft sich eines der von a bis m genannten Vergehen schuldig gemacht und davon die neue Herrschaft bei der Annahme nicht in Kenntniß gesetzt hat[7]). 2. Mit dem Ende des laufenden Vierteljahres oder, wenn monatweise gemiethet ist, des Monats, nach vorheriger Kündigung: a) wenn dem Gesinde für seine Bestimmung die nöthige Geschicklichkeit fehlt; b) wenn die Herrschaft in Vermögensabnahme kommt[8]); c) wenn das Haupt der Familie stirbt, und d) wenn die Herrschaft in Konkurs verfällt; in diesen beiden Fällen jedoch nur, wenn die gesetzliche Kündigungszeit noch nicht vorüber ist[9]). III. Das Gesinde kann seinen Abschied, wider den Willen der Herrschaft, fordern: 1. sofort: a) wenn es durch Mißhandlungen der Herrschaft in Lebens- oder Gesundheits-Gefahr versetzt worden ist; b) wenn es, auch ohne

---

6) Diese Bestimmung, welche der Herrschaft das Recht nimmt, ein unvorsichtiges Gesinde auf der Stelle zu entlassen, steht mit dem A. L. R. I, 6, §. 63, wonach die Herrschaft den durch solch' Gesinde angerichteten Feuerschaden ersetzen soll, wenn sie solches, nachdem sie dessen Unvorsichtigkeit erfahren, beibehalten hat, in Widerspruch. Man muß daher I, 6, §. 63 auslegen: „länger beibehalten hat, als sie nach der G. O. schuldig war."

7) Ges.-Ordn. §§. 117—135.

8) Ges.-Ordn. §§. 143, 144, 148. Der Fall ist schwierig in seiner faktischen Feststellung.

9) Ebendas. §§. 101—109. Nach Eröffnung des Konkurses kann sich das Gesinde wegen des laufenden Lohns nur an die Person der Herrschaft halten.

solche Gefahr, mit ungewöhnlicher Härte von der Herrschaft behandelt wird; c) wenn es zu unerlaubten oder unsittlichen Handlungen von der Herrschaft versucht worden; d) wenn es vor dergleichen Zumuthungen, gegen Personen aus der Familie, oder die im Hause aus- und eingehen, von der Herrschaft nicht geschützt wird; e) wenn es kein Kostgeld oder nicht die nothdürftige Kost erhält; f) wenn die Herrschaft eine die laufende Dienstzeit überdauernde Reise über sechs Meilen unternimmt oder ihren Wohnsitz auf solche Entfernung verlegt und den Dienstboten nicht kostenfrei zurückzuschaffen übernimmt; g) wenn der Dienstbote durch schwere Krankheit verhindert wird, seinen Dienst zu versehen[10]). 2. Auf vorherige Kündigung, mit Ablaufe des Vierteljahres, oder, wenn monatweise gemiethet ist, des laufenden Monats: a) wenn die Herrschaft den Lohn nicht in den bestimmten Terminen vollständig bezahlt; b) wenn die Herrschaft das Gesinde einer öffentlichen Beschimpfung eigenmächtig aussetzt; c) wenn der Dienstbote Gelegenheit findet, zu heirathen oder eine eigene Wirthschaft anzustellen[11]). 3. Gegen Stellung eines tauglichen Stellvertreters sofort: a) wenn das Gesinde von seinen Eltern, in deren Wirthschaft, wegen erst nach der Vermiethung eingetretener Veränderung der Umstände, gebraucht wird; b) wenn es in eigenen Angelegenheiten eine weite Reise unternehmen muß[12]).

§. 786.

c) Auseinandersetzung wegen des Lohns.

Wird der Dienstbote unter der Zeit verabschiedet, so gelten wegen des Lohns folgende Regeln: I. Hatte die Herrschaft Grund zur Entlassung, so muß sie dem Dienstboten doch Lohn und Kostgeld nach Verhältniß der Zeit, wo er wirklich gedient hat, zahlen und kann wegen der Mehrkosten für ein anderes Gesinde auf die noch übrige Zeit keinen Ersatz fordern, aber a) dem Bedienten, welcher auf der Stelle hat entlassen werden dürfen, entzieht

---

10) Ebendas. §§. 136—142. Das Erbieten der Herrschaft zur Heilung und Pflege hebt den Grund nicht auf; aber Lohn und Kostgeld kann dann nicht gefordert werden. §. 786, II, 1.

11) Ebendas. §§. 145—148.

12) §. 149 a. a. O. Auch eine solche Reise in Angelegenheiten der Eltern.

sie die ganze Livree; b) demjenigen, welchem erst gekündigt werden mußte, darf sie, wenn er noch kein halbes Jahr gedient hat, Rock und Hut nehmen, sonst muß sie ihm die kleinen Montirungsstücke lassen[13]; und c) demjenigen, welcher wegen des Todes des Familienhaupts oder wegen Konkurses der Herrschaft entlassen wird, ehe er noch ein halbes Jahr im Dienste gewesen, darf Rock, Weste und Hut genommen, sonst, wenn er schon ein halbes Jahr und länger gedient hat, muß ihm die ganze Livree gelassen werden[14]. II. War der Dienstbote berechtigt, den Dienst zu verlassen, so muß ihm 1. in den Fällen, wo er sogleich abziehen darf, Lohn und Kost auf das laufende Vierteljahr, beziehlich auf den laufenden Monat und, wenn die Austrittsursache sich erst nach der gesetzlichen Kündigungszeit ereignet hat, auch noch für das folgende Vierteljahr, beziehlich den folgenden Monat, und 2. in den Fällen, wo der Abzug erst nach vorheriger Kündigung geschehen darf, nur nach Verhältniß der im Dienste zugebrachten Zeit, gegeben werden[15]. 3. Der Bediente behält in den Fällen zu 1 die ganze Livree; in den Fällen zu 2 wird unterschieden: a) Kündigt er, um zu heirathen oder sich niederzulassen: so gebühren ihm alle Mal die kleinen Montirungsstücke; b) kündigt er aus einer andern Ursache, und hat er bereits ein halbes Jahr gedient: so behält er die ganze Livree, sonst muß er Rock und Hut zurücklassen[16]. c) Tritt er gegen Stellung eines Stellvertreters aus, so muß er sich mit Diesem einigen[17], doch kann die Herrschaft in ihrem Interesse fordern, daß dem Stellvertreter die Kleidungsstücke durch die ganze Tragezeit zum Gebrauche zurückgelassen werden, wenn Dieser sich nicht Andere nach dem Muster der herrschaftlichen Livree anschaffen will oder kann.

---

13) §§. 150, 155—157 a. a. O. Was der Bediente in dem zweiten Falle, wo er schon ein halbes Jahr gedient hat, mehr behält als in dem Ersten, ist unklar. Vielleicht den Hut. Es ist nicht bestimmt, was das A. L. R. unter den „kleinen Montirungsstücken" versteht.

14) §§. 104, 105, 107 das. — Warum hier dem Bedienten bei einer Zeit unter einem halben Jahr mehr (nämlich auch die Weste) genommen, und bei einer längern Zeit mehr gelassen werden soll als in dem Falle b, ist unerfindbar.

15) §§. 151—153 a. a. O. Vergl. die Note 10.

16) §§. 154, 158, 159 das. Wenn er nämlich Beides neu erhalten hat.

17) §. 149 a. a. O.

II. Von Hausoffizianten.

§. 787.

1. Begriff.

Hausoffizianten heißen zwei verschiedene Arten von Dienstboten: 1. solche, welche für ein gewisses bestimmtes Geschäft in der Haushaltung angenommen sind, z. E. Köche, Kellermeister, Konditor u. dgl., oder in der Wirthschaft, wie Brauer, Brenner, Gärtner, Schafmeister rc., und 2. solche, welche dem gemeinen Gesinde als Aufseher und Geschäftsführer vorgesetzt sind, wie in großen Haushaltungen die Haushofmeister, in Wirthschaften die Inspektoren, Oekonomie-Beamten und Wirthschafterinnen [1]). Verschieden von Hausoffizianten sind solche Personen beiderlei Geschlechts, welche in Wissenschaften und schönen Künsten im Hause Dienste leisten, d. h. zu solcher Dienstleistung für beständig auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung in das Haus aufgenommen sind, wie Erzieher und Erzieherinnen; Kapläne; Privatsekretaire; Rechnungsführer; Kassenbeamte; Kapellmeister u. dgl., welche mit dem Gesinde nur Das gemein haben, daß sie zum Hausstande des Dienstherrn gehören und als Familienglieder betrachtet werden [2]); aber nicht zum Gesinde gehören und nicht, wie Dieses, unter der hausherrlichen Botmäßigkeit des Familienhauptes stehen, vielmehr blos nach den Grundsätzen von der Dienstmiethe (locatio conductio operarum) beurtheilt werden [3]).

§. 788.

2. Grundsätze.

I. Von eigentlichen Hausoffizianten gelten in der Regel die bei dem gemeinen Gesinde vorgeschriebenen Grundsätze [4]). Die

---

1) A. L. R. II, 5, §. 177. Die Wirthschafterinnen gehören meistens zum gemeinen Gesinde.

2) §. 190 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. II, S. 60.

3) §§. 187—190 a. a. O. Handlungsdiener gehören zu keiner dieser Klassen von Hausofficianten, denn sie sind weder für die Haushaltung angenommen, noch leisten sie in Wissenschaften rc. im Hause Dienste.

4) §. 186 a. a. O. Und zwar nach den Vorschriften der Gesindeordnung,

Ausnahmen sind: 1. Der Dienstkontrakt erfordert die schriftliche Form; mündliche Verabredungen begründen keine Verbindlichkeit, doch soll das gegebene Miethsgeld für den Herrn, welcher den Offizianten nicht annehmen will, verloren sein; der Offiziant hingegen soll, wenn er zurücktritt, dasselbe zurückgeben. Der in Folge mündlichen Vertrags angetretene Dienst kann, nach vorheriger sechswöchentlicher Ankündigung, mit Ablaufe eines jeden, von der Dienstantretung anfangenden, Vierteljahres, von jedem Theile wieder aufgehoben werden. Für die geleisteten Dienste muß die Belohnung nach dem mündlichen Vertrage gegeben, oder, in Ermangelung einer Bestimmung, nach Maßgabe des bisher zur Zufriedenheit des Beamten Geleisteten, oder, wenn auch dieser Maßstab fehlt, nach der Ortsüblichkeit geleistet werden [5]). 2. Hausoffizianten sind in dringenden Nothfällen, sonst nicht, schuldig, auch andere häusliche Verrichtungen, als für welche sie angenommen worden sind, zu thun [6]). 3. Sie haften nur für ein mäßiges Versehen [7]). 4. Sie dürfen wegen unverschuldeter thätlicher oder grober wörtlicher Beleidigung Seitens der Herrschaft sofort ihre Entlassung fordern [8]). II. Dienstleistende der andern Klasse werden lediglich nach den allgemeinen Regeln von Verträgen über Handlungen beurtheilt (§. 708). Sie sind in keinem Falle zu häuslichen Diensten verbunden und müssen von dem gemeinen Gesinde, nach Anordnung der Herrschaft, bedient werden [9]). Bloße Züchtigungen der Kinder, Seitens der Erzieher und Erzieherinnen, sind kein Aufhebungsgrund für den Dienstherrn, ausgenommen, wenn sie vertragsmäßig untersagt sind [10]). Die Dauer des Dienstkontrakts aller dieser Personen versteht sich immer auf Ein Jahr, wenn nichts Anderes verabredet ist; desgleichen auch die still-

---

nicht nach den §§. 1—176, Tit. 5, Th. II des A. L. R. Pr. 568 (Pl.-Beschl.) v. 12. Novbr. 1838 (Entsch. IV, 112.)

5) §§. 177—181 das. Die Ueblichkeit richtet sich bei Landwirthschaften nach dem Flächeninhalte des Gutes.

6) §§. 182, 183 a. a. O.

7) §. 184 das. Nach der Regel sollten sie, wie Beamte, als Sachverständige für ein geringes Versehen haften. §. 741.

8) §. 185 a. a. O. Im Falle eines, den Zorn der Herrschaft erregenden ungebührlichen Betragens gilt auch hier was von dem gemeinen Gesinde. §. 782, II.

9) §§. 187—190 das.

10) §§. 191, 193 a. a. O. Das Züchtigungsrecht folgt aus der Erziehung.

schweigende Verlängerung auf eben so lange, wenn nicht ein Vierteljahr vor dem Ablaufe der Zeit gekündigt wird [11]). Auch das durch einen schriftlichen Kontrakt einmal begründete Dienstverhältniß kann jedoch, wie bei gemeinem Gesinde (§. 785, II), stillschweigend verlängert werden [12]), doch gilt diese Verlängerung nur für eine mündliche.

§. 789.

III. Von Sklaven.

I. Wiewohl die Sklaverei in jeder Form dem neuen Rechte unbekannt ist, so sollen dennoch die von Fremden ins Land mitgebrachten Sklaven für solche gelten und der Sklavenherr in seinem Eigenthume an diesen Menschen im Lande geschützt werden. Nur soll die Polizei solchen Sklavenherren „Schranken setzen, wenn sie ihre Rechte bis zu lebensgefährlichen Mißhandlungen der Sklaven ausdehnen wollten“ [1]). Was geschehen soll, wenn die lebensgefährliche Mißhandlung oder gar die Tödtung schon vollzogen ist, bevor die Obrigkeit den Willen des Herrn dazu in Erfahrung gebracht hat, ist nicht gesagt; folgerecht muß der Sklavenherr, dessen Eigenthumsrechte gesetzlich anerkannt sind, wie Jemand, der durch Thierquälerei ein öffentliches Aergerniß gegeben hat, polizeilich bestraft werden. II. Lassen dergleichen Sklavenherren sich im Lande nieder, oder bringen Landeseinwohner auswärtig gekaufte Sklaven ins Land: so sind die bis dahin als Sklaven behandelte Personen von selbst frei; sie müssen aber dem gewesenen Herrn das Kaufgeld erstatten oder durch Gesindedienste, während deren Dauer sie Kleidung und Kost, gleich dem Gesinde, erhalten sollen, vergelten. Ueber die beibehaltenen Kinder solcher Personen hat die Herrschaft die Rechte der Pflegeeltern [2]).

---

11) §§. 193—195 das.

12) Plenarbeschluß des Ober-Trib. v. 18. Oktbr. 1847 (Just.-M.-Bl. für 1847, S. 336), und Pr. 1921, v. 16. Novbr. 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 61).

1) §§. 196—199 a. a. O. — S. o. §. 41, B. I, S. 143.

2) §§. 200—206 das. Durch diese Bestimmung wird die Freiheit fast vereitelt; die Satzung paßt auch nicht zur Gesetzgebung über die Leibeigenschaft und die persönliche Freiheit.

Viertes Kapitel.

Vormundschaft.

A. L. R. II, 18. — Auch dieses Kapitel gilt als ein Theil des öffentlichen Rechts überall, wo das A. L. R. Gesetzeskraft hat, als Prinzipalrecht. — Die bedeutende Anzahl von Anleitungen, Handbüchern und dergleichen Druckschriften über das Preuß. Vormundschaftsrecht haben wegen ihrer bloß praktischen Strebung geringen wissenschaftlichen Werth. Selbst das bedeutendere Werk von Hoffmann, Das Vormundschaftsrecht, nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, Züllichau 1811, ist ein trockener Auszug aus dem A. L. R. und der ministeriellen Erlasse, um „dem Praktiker zur Erleichterung der Arbeit zu dienen, besonders den angehenden Justiz-Bedienten nützlich zu sein, und auch von den Vormündern als eine Anleitung zum zweckmäßigen Benehmen bei Führung der Vormundschaften benutzt werden zu können.“ Besser ist die neue Schrift von Villaume, daß Preuß. Vormundschaftsrecht und seine Reform. Breslau 1846. — Besondere Rücksicht auf das Pr. R. nimmt aber das werthvolle Werk von Dr. Adolph August Friedrich Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten entwickelt, 3 Bde., Berlin, 1832. Wichtig ist auch: Kraut, die Vormundschaft, nach den Grundsätzen des deutschen Rechts dargestellt. 1r. Bd., Göttingen, 1835. — Noch zu berücksichtigen ist Albert Heinrich Stein, über Vormundschaften und Kuratelen, nach gemeinem teutschen Rechte und nach den besondern Rechten einiger teutschen Staaten, Stuttgart, 1824.

§. 790.

Einleitung.

I. Der Schutz, welchen das Oberhaupt einer Familie, der pater familias, den hülfsbedürftigen Gliedern derselben gewähren muß, ist die lästige Seite eines Familien-Verhältnisses, welches auf der andern Seite wieder gewisse, davon unzertrennliche Vortheile mit sich bringt. Wie die Gewährung dieses Schutzes dem Schutzbedürftigen gegenüber eine Pflicht ist, so ist sie auf der andern Seite auch ein Recht, vermöge dessen der Berechtigte jeden Andern davon ausschließen kann. Dieses alles ist in der Natur der Familie begründet. Fällt das zum Schutz verpflichtete und berechtigte Subjekt in der Familie weg, während sich darin noch Schutzbedürftige befinden, so entsteht die Frage: wie dieses bisher

bestandene natürliche Schutzverhältniß zu ersetzen und wer diesen Schutz von nun an leisten solle und dürfe. Es liegt nahe, diese Last auf denjenigen übergehen zu lassen, welcher nach dem pater familias der nächste zu den Vortheilen ist, welche von den Schutzbedürftigen zu erwarten stehen können; und so lag der Grundsatz, daß diese Last nach den Regeln des Erbrechts übergehen müßte*), schon in dem Verhältnisse selbst. War dieses einmal anerkannt: so konnte es kein Bedenken mehr haben, die Last als ein eigentliches Erbstück, wie sie denn im Grunde auch nichts anderes ist, auf eben so vielerlei Weise auf Jemand zu übertragen, als ihm ein jedes andere Erbstück zugewendet werden konnte. So mußte es sogar noch der Römischen Ansicht sein. Der väterlichen Gewalt als ein Recht klebte die Last des Schutzes für die Schutzbedürftigen an. In diesem Zustande, mit dieser Belastung, hinterließ der paterfamilias seine Familia, d. i. den Inbegriff seiner Rechte überhaupt. Dieselben Grundsätze, welche also von der Verlassenschaft im Ganzen gelten, müssen auch von den einzelnen darin vorhandenen Stücken gelten, deren die Pflicht zum Schutze Eins ist; und so fern der Verstorbene also über diese seine Familia von Todeswegen disponiren konnte, war nicht abzusehen, warum er nicht auch über das darin begriffene Recht und die Pflichteslast des Schutzes sollte verfügen können. — Hiernach ist die Tutel, das dem väterlichen Schutze nachgebildete künstliche Schutzverhältniß, ursprünglich gar kein munus publicum, sondern eine Familienlast, welche Dem obliegt, welcher sie vom paterfamilias erbt. Dieses Schutzverhältniß geht den Staat nicht näher an, als ihm der Schutz jedes einzelnen Staatsbürgers obliegt; und nur in Einem Falle kann er selbst diesen Schutz unmittelbar von dem paterfamilias erben, wo sich Jenes dann eher sagen läßt. — Dieser Begriff der Tutel, wonach sie kein öffentliches Staatsamt, sondern ein civilrechtliches Erbstück, ist noch in den Pandekten zu erkennen, sie wird nur ein munus civile genannt**) und Modestin sagt ausdrücklich in diesem Sinne: tutela non est reipublicae munus — sed civile: nec provinciale videtur tutelam administrare***).

---

*) L. 1 D. de leg. tut. ut onera tutelae habet ille, penes quem commoda successionis. — L. 13 D. de R. J.

**) L. 18 pr. u. §. 1 u. L. 1 §. ult. D. de munerib. (L. 4.)

***) L. 6, §. 15 de excus. (XXVII, 1). Cfr. L. 2, §. 5 ad municip.

Das ganze Institut der Tutel ist nur dem alten Civilrecht eigenthümlich, daher paßt die in den Pandekten gegebene Begriffsbestimmung†) nicht mehr für das Justinianische Recht. Nach den späteren Ansichten von der gesellschaftlichen Ordnung wird dieses Schutzverhältniß allmählich immer mehr als der Aufsicht des Staats unterworfen betrachtet, bis zuletzt aus allzu großer Vorsorge gar ein Staatsamt im eigentlichen Sinne daraus geworden ist††). Mit dieser wesentlichen Veränderung des Begriffs der Tutel mußten Umbildungen in der ganzen Lehre von selbst nachfolgen, und es wird sich weiterhin zeigen, daß die hauptsächlichen Abweichungen des heutigen Instituts von sich selbst in seinen frühern Zuständen, lediglich auf diese Begriffsveränderung zurückzuführen sind. II. Nach der dem A. L. R. zum Grunde liegenden, aber nicht folgerecht durchgeführten deutschen Rechtsansicht ist die Vormundschaft nicht nur eine Nachbildung und ein Ersatzmittel der väterlichen Gewalt, vielmehr sind Beide, die s. g. väterliche Gewalt und die Vormundschaft, nebeneinander stehende Arten einer und derselben Gattung von Rechtsverhältniß, nämlich desjenigen Schutzverhältnisses, welches unter dem Namen Mundium bekannt ist. Die väterliche Gewalt und die Vormundschaft sind darnach wesentlich gleichartige Rechte oder vielmehr: an die Stelle des ausscheidenden Vaters tritt in das nämliche Rechtsverhältniß eine andere Person, Vormund genannt. Daß diese Grundansicht klar im Bewußtsein der Verfasser des A. L. R. gewesen, läßt sich nicht behaupten, aber sie ist in den getroffenen Bestimmungen, unter Abweisung der Röm. Ansichten, unverkennbar ausgeprägt (§. 768). Die gleichwohl mituntergelaufene, wol aus dem Mangel einer bewußten Auffassung der großen Verschiedenheit zwischen den Deutschen und Röm. Grundansichten über väterliche Gewalt und über Tutel zu erkärende, Anwendung Römischer Begriffe und Rechtssätze ist unerheblich. Viel wichtiger ist die nicht weniger von dem Deutschen als von dem Röm. Rechte entfernte Abweichung des Land-

---

†) §. 1 J. u. L. 1 pr. D. de tutelis.

††) Entw. eines allg. Ges.-B. Th. I, Abschn. III, Tit VI, §. 86 in der Note. — Dort wird behauptet, daß eigentlich schon nach R. R. die Tutel ein eigentl. munus publicum gewesen, und daraus natürlich hätte folgen sollen, daß die Verleihung auch nur dem Staat zukomme, was aber die strenge väterliche Gewalt nicht zugelassen hätte. — Die dort geäußerte Vermuthung: wie man zu der testamentarischen und gesetzlichen Tutel gekommen, ist ohne Zusammenhang mit dem Wesen der Vormundschaft.

rechts in einer andern Beziehung. Diese betrifft das Rechtssubjekt, welches an die Stelle des ausscheidenden Vaters tritt. Die Vorsorge für die Schutzbedürftigen ist so weit getrieben, daß sie in die Entziehung der Sicherheit der Mündel umschlägt; denn nach den getroffenen Bestimmungen hat der Vormund aufgehört Vormund zu sein; die Obervormundschaft, die doch wesentlich eine bloß aufsehende Gewalt sein soll, ist der wahre Vormund und der Vormundschaftsrichter kann mit Vorbeigehung des Vormundes, selbst wider dessen Willen, unmittelbar handeln[1]), ohne daß die Mündel, wegen ihrer actio tutelae subsidiaria, in dem Vermögen des Vormundschaftsrichters den Vorzug haben, der ihnen in dem Vermögen des Vormundes zusteht[2]). Jeder Schutzbedürftige ist der Pflegebefohlene des Staats und die Vormünder sind Bevollmächtigte des Staats[3]); die eigentlichen Stellvertreter des Staats aber sind die Vormundschaftsrichter, die sich der Vormünder nur zur Ausführung ihrer Beschlüsse bedienen können, aber nicht bedienen müssen[4]). Darnach haben die Vormünder nicht die Stellung eines Gemeinde-Vorstehers und Verwalters, an deren Stelle die oberaufsehende Staatsgewalt zu handeln keineswegs befugt ist[5]); sie stehen vielmehr nur in dem Verhältnisse eines Dieners zum Herrn. Diese Anordnung scheint aus einer nicht richtigen Deutung der Obervormundschaft hervorgegangen und in ihren Folgen nicht überdacht zu sein, oder, was nach den Rechtfertigungsgründen noch wahrscheinlicher ist, hat ihren Grund in einer dem Rechtsverhältnisse nicht entsprechend ausgefallenen Fassung. Denn es wird behauptet, daß, wenngleich der Vormund nicht für einen bloßen Privatverwalter eines fremden Vermögens, sondern als ein

---

1) Dieses wird wenigstens behauptet, in einem Reskr. des Justizministers, v. 4. Januar 1842 (Min.-Bl. S. 23), und ist von den Verfassern des A. L. R. gewiß auch gemeint. M. s. II, 18, §§. 299, 235. M. Schrift: Preuß. Rechtsverfass. I, S. 73 flg. Die Ansicht, daß der Vormundschaftsrichter selbst agiren könne, ohne sich einmal mit dem Vormunde zu benehmen, ist auch ziemlich allgemein.

2) Schon oftmals ist es vorgekommen, daß Einzelrichter Mündelgelder, kraft dieser Befugniß, erhoben und durchgebracht haben, wofür der Vormund natürlich nicht verantwortlich gewesen ist.

3) §§. 1–6, 235 a. a. O.

4) §§. 236–238, 299, 300 das. An den Konsequenzen leidet jetzt die Gesellschaft.

5) Darüber s. m. in Beziehung auf die Kirchengewalt den Rechtsfall im Schles. Archiv, Bd. III, S. 532 flg.

Bevollmächtigter oder Beamter des Staats angesehen würde, welcher der Obrigkeit in Ansehung seiner ganzen Verwaltung unmittelbar untergeordnet und ihr davon die genaueste Rechenschaft zu geben verbunden sei, sich doch in wesentlichen Stücken und in praktischen Materien keine hauptsächlichen Abweichungen von Demjenigen fänden, was bisher schon Rechtens und Gerichtsgebrauch gewesen. Als die erheblichsten Abweichungen werden nur angegeben: 1. die Aufhebung der restitutio in integrum ex capite aetatis; 2. die Milderung der Strenge, womit man bis dahin auch bei Eltern auf Sicherstellung des Vermögens der Kinder bestanden; 3. die nähere Bestimmung der Fälle, wo Mündelgüter auch propter solam utilitatem veräußert werden dürfen; 4. die nähere Bestimmung der von der Aufsicht entbundenen Vormünder gegen die Gerichte; 5. die Einführung eines Zeugnisses, welches den der Vormundschaft entlassenen Personen gegeben werden soll, eine Anordnung, die beiläufig unpraktisch geblieben ist; 6. die dem Vater beigelegte Befugniß, den Volljährigkeitstermin auf 6 Jahre zu verlängern; 7. die Aussetzung der statutarischen Gütergemeinschaft bei der Verheirathung einer bevormundeten Frauensperson [6]). Die wesentliche Umänderung der Bedeutung des Vormundes, wodurch derselbe ganz entbehrlich gemacht worden [7]), wird nicht einmal

---

6) Jahrb. Bd. XLI, S. 184 u. 192. — Mathis, Bd. II, S. 90 ff.

7) Will der Vormundschaftsrichter ein Gestum vornehmen, welches der Vormund nicht für gut findet, und welches der Richter nicht persönlich verrichten kann oder will: so wird der Vormund dadurch beseitigt, daß für diesen Fall ein Kuratur bestellt wird, der nach der erhaltenen Anweisung verfährt. So eben ist mir folgender Rechtsfall vorgekommen. Ein verstorbener Grundbesitzer hatte eine Wittwe und mehrere mit ihr erzeugte majorenne und auch minorenne Kinder nachgelassen. Die Wittwe und die Majorennen sind einig, daß die Gemeinschaft noch fortdauern soll; der Vormund ist damit gleichfalls einverstanden: das Vormundschaftsgericht dagegen weiset ihn an, auf den Verkauf des Grundstücks anzutragen. Der Vormund will nicht, weil er es nicht im Interesse seiner Mündel findet. Nun bestellt das Gericht einen Justiz-Kommissarius zum Kurator für diesen Fall und läßt durch diesen die Subhastation ausbringen. Im Lizitationstermine protestiren alle Miteigenthümer gegen den Zuschlag, nur der Kurator, der an Stelle des nicht zugezogenen Vormundes anwesend ist, besteht darauf. Das Gericht erster Instanz (das dem Vormundschaftsgericht substituirte Fürstenthumsgericht zu Neisse) erkannte zwar, daß bei dem Einverständnisse sämmtlicher Miteigenthümer, mit Einschluß des Vormundes, der Zuschlag nicht zu ertheilen, und hielt dafür, daß der Vormund nicht durch den Kurator ersetzt werden könne, weil einer der Fälle, wo nach §§. 46—48, II, 18 den bevormundeten Personen ein Kurator bestellt werden dürfe, nicht vorhanden sei. Indeß hat dieser vom Gerichte erster Instanz nicht für legitimirt erachtete Kurator auf Grund der §§. 299, 236—238 a. a. O. appellirt und die eventuelle Nichtigkeitsbeschwerde angebracht, und es steht der Ausgang noch zu erwarten. Das Sachgemäße ist

angedeutet; die Provinzial-Vormundschaftsordnungen aber, auf welche sich diese Rechtfertigung bezieht, namentlich die lobend hervorgehobene Brandenburgische Vormundschaftsordnung vom 23. September 1718, kannten eine solche Nichtigkeit des Vormundes durchaus nicht, und die herrschende Rechtsansicht der praktischen Juristen war so entschieden dagegen, daß man die Unzulässigkeit der Beseitigung des Vormundes durch unmittelbare Eingriffe und Handlungen der Obervormundschaft für ein Axiom ansah[8]). Die Obervormundschaft des Staats ist nach der Idee wesentlich die Aufsicht der alten Familie über den Vater und den Vormund in der Ausübung der Familiengewalt[9]), welche Aufsicht bei dem durch die neueren Staatsverfassungen herbeigeführten, Untergange der alten Familienverbindungen an die Obrigkeit[10]), und in Folge des Centralisations-Systems an den Staat gekommen ist[11]), und besteht in der Bestellung und Einführung der Vormünder in ihr Amt; in der Annahme der von ihnen zu bestellenden Sicherheit; in der Abnahme der jährlich zu legenden Rechnung; in der Prüfung und Gestattung oder Versagung der beabsichtigten Veräußerungen und Belastungen unbeweglicher Güter; und in der Entfernung ungetreuer Vormünder von ihrem Amte[12]). Eine andere Bedeutung und Berechtigung hat die Obervormundschaft auch nach den vorlandrechtlichen Vormundschaftsordnungen, namentlich nach

---

allerdings, daß nicht auf solche Weise der Vormund bei Seite geschoben, sondern, wenn er seine Schuldigkeit nicht thut, abgesetzt werden und einen Nachfolger erhalten muß. §§. 918 u. flg. — Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen worden.

8) Schilter, Praxis juris romani, in foro germanico, exercit. XXXVII, §. 48 widerlegt damit einen Satz, bezüglich auf den curator ad lites und sagt: „Contra quam si judex dederit curatorem, nihil agit, tantum abest, ut auctoritatem tutoris non existentis supplere possit: id quod tertio loco affertur: alias sequeretur hoc inconveniens, quod tutoris datio esset supervacua, quum judex velut tutor superior semper possit auctoritate tutoria curatorem constituere. Neque hoc sensu magistratus tutor superior in foro nostro cluit, sed quod constitutio tutorum et requisitio rationum, et uno verbo, inspectio in tutores ad ipsius spectet officium atque curam. Ceteroquin praetor non repraesentat personam tutoris. Et male ageretur cum pupillis, si loco actionis tutelae cogerentur regulariter ad actionem subsidiariam adversus judicem confugere.

9) Kraut, die Vormundschaft nach deutschem Rechte, S. 39.

10) Reichspol.-Ordn. v. 1548, Tit. 31, §§. 1, 3; und v. 1577, Tit. 32, §§. 1, 3.

11) Vormundsch.-Ordn. v. 23. Septbr. 1718, Eingang und §. 63.

12) Reichspol.-Ordnungen, a. a. O. §§. 2 u. 3.

der vom 23. September 1718, noch nicht. Gleichwohl stand man bei der Abfassung des A. L. R. in der Meinung, diese Verordnung gehe von eben demselben Gesichtspunkte aus, welcher bei der Abfassung des A. L. R. genommen worden, während doch die Fassung der Bestimmungen zu einem wesentlich ganz anderen Verhältniß des Vormundes und des Gerichts führt[13]). Damit hängt auch die Stellung dieser Lehre in der äußern Anordnung des Rechtsstoffs zusammen. Die Verfasser des A. L. R. haben sie, ihrer Ansicht entsprechend, als einen Abschnitt des Staatsrechts in diesen Theil des Gesetzbuchs gewiesen, so daß es einer besondern Rechtfertigung für die Aufnahme der Vormundschaft in das Familienrecht zu bedürfen scheint. Dieselbe liegt jedoch in dem untrennbaren inneren Zusammenhange der Vormundschaft mit dem Privat- und besonders mit dem Familienrechte, der durch die eingeführte Richtigkeit des Vormundes nicht aufgehoben wird; denn damit ist bloß eine Veränderung in der Person des Vormundes bewirkt: an die Stelle desselben ist die Person des Richters oder desjenigen Beamten getreten, auf den man den Beruf und die Obliegenheiten des wahren Vormundes übertragen hat, in eine bloße Regierungssache ist damit die Vormundschaftsverwaltung noch nicht umgeändert. III. Die vormundschaftliche Gewalt und Verwaltung ist, wie sich hieraus ergiebt, dem Rechte nach bei der zuständigen Staatsbehörde. Dazu sind die Gerichte bestimmt und

---

13) Klar scheint der Erfolg keinesweges vorausgesehen zu sein; denn während einerseits gesagt wird, daß die Vormünder sich nach den besonderen Anweisungen des Vormundschaftsgerichts achten müssen, und daß sie bloße Bevollmächtigte des Staates seien (§§. 235, 236), so wie daß sie für Handlungen nicht verantwortlich, welche das Gericht ohne sie oder wider ihren Willen vorgenommen hat (§. 299), bestimmt es einerseits doch wieder die Fälle, in welchen neben dem Vormunde ein Kurator bestellt werden darf (§§. 46—48), was ganz überflüssig wäre, wenn die Vormünder bloße Diener und Boten sein sollten, welche nach Belieben gebraucht oder nicht gebraucht werden können; und andererseits wird nirgend ausgesprochen, daß die Richter unmittelbar die Handlungen gültig verrichten können, oder daß die Vormünder ein ihnen befohlenes Geschäft wirklich unternehmen müssen, wenn sie auch nicht wollen: sie werden nur von der Verantwortlichkeit freigesprochen wenn sie es thun, und der §. 236 ist noch von der Art der Ausführung zu verstehen. Auch der Mangel eines Vorzugsrechts für die **actio tutelae subsidiaria** deutet an, daß man nicht daran gedacht hat, der Vormundschaftsrichter solle nach Gutbefinden als **tutor gerens** auftreten können. Somit läßt die Fassung noch immer eine solche Auslegung zu, wie sie dem richtig aufgefaßten Verhältnisse entspricht und in dem, Note 7 erwähnten, Rechtsfalle von dem Richter erster Instanz gemacht worden ist. — Die Praxis hat diesen Weg endlich auch glücklich eingeschlagen; denn der Plenarbeschluß des Ober-Tribunals, vom 22. Juni 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 3) bahnt den zu nehmenden, allein richtigen, Weg an.

die Zuständigkeit wird durch den persönlichen Gerichtsstand des zu Bevormundenden begründet; bei einem doppelten persönlichen Gerichtsstande hat dasjenige Gericht den Vorzug, unter dessen Gerichtsbarkeit der Vater zuletzt gewohnt hat oder der zu Bevormundende sich wirklich befindet; und wenn er sich an einem dritten Orte aufhält, entscheidet die Prävention[14]). Das zuständige Gericht kann die Vormundschaft, bei eintretender Veränderung in dem Wohnorte der Pflegebefohlenen, einem andern Gerichte übertragen[15]). Zu seinen Organen kann das Gericht, nach der herrschenden Ansicht, nehmen wen es will, im Falle Es nicht unmittelbar handelt; wesentlich nothwendig wäre daher ein Vormund nicht, die Handlungen könnten auch durch die gewöhnlichen Gerichtsdiener, vermöge besondern Auftrages, ausgeführt werden. Es ist jedoch die Anstellung besonderer Organe angeordnet. Diese haben nach dem Umfange der Verwaltung und Vorsorge verschiedene Namen. Vormund heißt hier derjenige, dem die Sorge hauptsächlich für die Person und damit für alle Angelegenheiten übertragen ist[16]); Kurator heißt Der, welchem entweder nur persönliche Aufsicht oder Erziehung, oder die Besorgung nur gewisser einzelner Geschäfte übertragen ist. Beistand heißt ein solcher, welchen ein Anderer zu Hülfe nimmt bei Geschäften, die er allein vorzunehmen nicht fähig ist[17]).

---

14) II, 18, §§. 56—74, 87.

15) §§. 85, 86 das. — Auf die Person des Vormundes wird gar keine Rücksicht genommen. Zu bemerken ist hierbei, daß durch dergleichen Uebertragungen der Vormundschaft das forum hereditatis unverändert bleibt, und daß daher in Fällen, wo die Vormundschaft durch den Tod des Vaters veranlaßt worden, das beauftragte Gericht weder schuldig noch befugt ist, sich der Erbregulirung und dem Erbeslegitimations-Verfahren zu unterziehen.

16) §§. 3, 231 a. a. O. Ist aus L. 14 D. de testam. tut.

17) §§. 3—5 a. a. O. Diese aus dem R. R., ohne die Sache, aus einem Mißverständniß (§. 795, II), beibehaltene Unterscheidung hat keine Realität; schon das Justinian'sche Recht kennt den Unterschied zwischen Tutor und Kurator bekanntlich nicht mehr; die auctoritas kam nicht mehr vor.

Erster Abschnitt.

Von der eigentlichen Vormundschaft.

I. Entstehung.

§. 791.

1. Voraussetzungen.

I. Unter einem Vormunde sollen stehen: 1. alle minderjährige Personen, welche nicht in väterlicher Gewalt sind [1]); die Vormundschaft dauert also bis zur Volljährigkeit und die Unterscheidung des R. R. zwischen Tutel und Kuratel, je nachdem der Pflegling unter oder über 14, beziehlich 12 Jahr alt war, fällt weg, worin das A. L. R. den deutschrechtlichen Ansichten folgt. Der deutsche Mundebar blieb, wie der Röm. Tutor, in seinem Amte bis zur Volljährigkeit, welche, wie nach R. R., mit der Mannbarkeit eintrat. Doch wurde dieser Termin später willkührlich nach Jahren bestimmt, wieso es kam, daß nach Verschiedenheit der Gesetzgebungen hier das 18te oder 19te, dort das 21ste, 24ste ja das 25ste Jahr als Termin angenommen wurde, wogegen nach dem R. Stadtrecht dieser Termin mit dem 12ten, beziehlich 14ten Jahre eintrat. Während dieser ganzen Zeit ist in Deutschland nur ein und dasselbe Mundium; das deutsche R. weiß von keiner auf die erreichte Mundbarkeit folgenden Kuratel. Erst die romanisirenden Juristen haben sie, wiewohl auch nur den Worten nach, in die deutschen Institute hier und da übertragen; auch die brandenburgische V. O. weiß von diesem nominellen Unterschiede; den das A. L. R. sehr verständig wieder unterdrückt hat. 2. Wahn- und Blödsinnige (§. 46, Bd. I, S. 153), welche nicht unter väterlicher Gewalt oder unter dem Schutze und Vollworte eines Ehemannes zur rechten Hand stehen. Für wahn- oder blödsinnige Ehefrauen in rechter Ehe ist der Mann natürlicher Vormund in Angelegenheiten, wo sein Vermögensinteresse nicht mit dem der Frau in Widerstreit steht, wie z. E. in Ansehung des vorbehaltenen Vermögens; wegegen in Kollisionsfällen, also auch bei solchen Verfügungen über das Eingebrachte oder bei bestehender Gütergemein-

1) §§. 6—9 a. a. O.

schaft, wo die ausdrückliche Einwilligung der Frau erforderlich ist, der Frau ein Kurator bestellt werden muß [2]); doch muß in beiderlei Hinsicht die Verstandeslosigkeit der Frau auf gesetzmäßige Weise durch Urtel und Recht festgestellt worden sein (§. 46) [3]). 3. Gerichtlich erklärte Verschwender [4]). 4. Taubstumme, welche ihre Gedanken auch nicht durch allgemein verständliche Zeichen ausdrücken können [5]), und Taubblinde. 5. Abwesende von unbekanntem Aufenthalte, wenn ein Jahr lang keine Nachricht von ihnen eingegangen [5a]); in dringenden Fällen auch schon früher; desgleichen Abwesende, deren Aufenthalt zwar bekannt ist, welche aber wenn auch nur muthmaßlich wider ihren Willen an der Besorgung ihrer Angelegenheiten verhindert werden, in beiden Fällen unter der Voraussetzung, daß kein Bevollmächtigter bestellt ist; endlich auch mit einem Bevollmächtigten versehene Abwesende, wenn der Bevollmächtigte drei Jahre lang keine Nachricht erhalten hat und nicht Vertragserbe des Abwesenden ist, oder wenn der Bevollmächtigte stirbt, die Vollmacht kündigt [7]), das Vermögen übel verwaltet, oder sonst in Umstände kommt, die den Machtgeber, wenn sie ihm bekannt wären, wahrscheinlich zum Wider-

2) §§. 12, 13, 39—45 das. Das Amt dieses Kurators hört mit der Vollziehung des Geschäfts wieder auf.

3) Wird von Einigen bezweifelt, ohne daß sie jedoch beachten, daß keine großjährige Person juristisch für unmündig gelten und durch einen Vormund (der Mann ist auch ein Vormund und bevormundet also die Frau; nur bedarf er nicht der obrigkeitlichen Bestallung) vertreten werden kann, wenn nicht seine Unmündigkeit feststeht. Unter dem bloßen Prätext der Geisteskrankheit könnte der Mann mit dem vorbehaltenen Vermögen der vielleicht ganz verständigen aber dem Manne nicht zu Willen lebenden Frau schalten wie er wollte, und hinterdrein würden Diejenigen, welche sich mit ihm in Geschäfte eingelassen hätten, durch deren Nichtigkeit in Schaden gebracht, wenn die Erben sich die Verthuung nicht gefallen ließen, zu einer Zeit, wo der gewesene Geisteszustand der Frau nicht mehr festzustellen. Das Otr. ist der hier vertretenen Meinung. Pr. 1304, v. 8. Mai 1843.

4) §. 14 a. a. O. Ueber cura prodigorum: Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Th. I, S. 47—70.

5) §§. 15—18 das.

5a) Nach G. R. (Hert, resp. 534, n. 4, 5) u. nach älterem einheimischen Rechte (V. vom 27. Oktober 1763 und R. vom 5. Januar 1775 in N. C. C. Tom. III, S. 316 und Tom. V, S. 14, Nr. 1) mußte der Anordnung der Vormundschaft eine Ediktalladung vorausgehen.

6) I, 5, §§. 24, 171 in Verb. mit A. G. O. II, 3, §§. 4, 8, 45 ff. und Anh. §§. 68—74. — Reskr. vom 11. April 1841 (J. M. Bl. 1841, S. 151).

7) Die Aufkündigung kann bei unbekanntem Aufenthalte des Machtgebers nur durch Anzeige bei Gericht bewerkstelligt werden, welche Anzeige dann zugleich als Veranlassung zur Bestellung einer Vormundschaft dient. Vergl. I, 13, §§. 176—180.

rufe der Vollmacht veranlassen würden[8]). Die Abwesenheitsvormundschaft ist jedoch nur eine Partikularvormundschaft zur Verwaltung des zurückgelassenen Vermögens und bezieht sich nicht auf die ganze Persönlichkeit[8a]). — Für alle diese Fälle, mit Ausnahme der Unmündigkeit, hat das R. R. nur einen Kurator; aber ganz folgerecht stellt das A. L. R. sie auf gleiche Linie. II. Einen Kurator sollen erhalten: 1. ungeborene Kinder, welche geboren einen Vormund bekommen würden[9]); 2. alle vorbenannte Personen, wenn sie in väterlicher Gewalt stehen und in Beziehung auf Vermögensangelegenheiten mit dem Vater in Kollision gerathen[10]); 3. Abwesende von unbekanntem Aufenthalte, welche einen Bevollmächtigten zurückgelassen haben, in Fällen, für welche die Vollmacht keinen Auftrag enthält[11]); 4. Ehefrauen, welche wegen Verfügungsunfähigkeit unter der natürlichen Vormundschaft des Mannes stehen, wenn über das Eingebrachte oder, bei bestehender Gütergemeinschaft, über Grundstücke und Gerechtigkeiten verfügt werden soll; Frauen in einer Ehe zur linken Hand stehen immer unter einer Staatsvormundschaft (Note 2); 5. Bevormundete, welche mit dem Vormunde oder einem Nebenmündel in Kollision kommen[12]); 6. unbekannte oder bei schleunigen Sachen auch bloß verhinderte Interessenten[13]). III. Eines Beistandes bedürfen: 1. volljährige unverheirathete Frauen; 2. Ehefrauen, welche keines Vormundes oder Kurators bedürfen (I, 2 u. II, 4);

---

8) II, 18, §§. 19—27.

8a) Schles. Archiv, Bd. I, S. 390 u. §. 865, Note 18. Daher kann er nicht die Illegitimitäts- (negative Filiations-) Klage gegen ein von der zurückgebliebenen Ehefrau geborenes Kind anstellen. Pr. 1204, v. 26. Februar 1842. Entsch. des Otr. Bd. VIII, S. 320.

9) Ebend. §§. 10, 11, 966.

10) Ebend. §§. 28—38. In Angelegenheiten, welche die Person betreffen, kann ein solcher Fall nicht vorkommen.

11) Ebend. §. 24. Vorausgesetzt, daß die Sache nicht verschoben werden kann.

12) §§. 46—48 das. — Es versteht sich, daß in dem Falle des §. 48 nur dem einen Theile ein Kurator bestellt und der andere Theil durch den Vormund vertreten wird. Aber ganz richtig wird hier die freilich zur Widersinnigkeit führende Folge bemerklich gemacht, daß, da nicht eigentlich bei dem Vormunde sondern bei dem Gerichte die vormundschaftliche Gewalt ist, das Pupillen-Kollegium in partes gehen müßte. Was soll da ein Einzelrichter thun! —

13) §§. 49, 50, 148, 1003, 1004 a. a. O. Es versteht sich, daß eine ordentliche Verpflichtung und Bestallung geschehen muß. Verschieden davon sind die ex officio ernannten Bevollmächtigten, z. B. I, 12, §. 224 u. A. G. O. II, 5, §. 45.

3. Blinde; 4. beständig kranke (preßhafte) Personen; 5. Taubstumme, welchen der Ausdruck ihrer Gedanken nicht unmöglich sondern nur erschwert ist; 6. Personen, welche Geschriebenes nicht lesen, oder nicht selbst schreiben können, und zwar bei denjenigen einzelnen Geschäften, wo solches besonders vorgeschrieben ist[14]). Die Bestellung geschieht durch Wahl des Beistandsbedürftigen, oder durch Zuordnung von Seiten der instrumentirenden Gerichtsperson, ohne richterliche Bestätigung oder andere Feierlichkeiten[15]).

§. 792a.

2. Bestellung des Vormundes.

a. Geschichtliches.

I. Das Pr. R. kennt keine andere als die Dativtutel, weil das Recht der Bevormundung ausschließlich dem Staate gebührt[1]). Schon nach den Grundsätzen des G. R. läugnen Manche alle übrigen Arten der Vormundschaft. Das beruhet auf einem Irrthume. Zur Erwerbung einer Tutel gehört nämlich die Delation und die Acquisition. Die Letztere ist durch die Erstere bedingt, ebenso, wie bei Erwerbung einer Erbschaft die Antretung nicht denkbar, wenn die Erbschaft nicht vorher deferirt worden ist. Daraus, daß diese beiden Momente bei der Erwerbung der Tutel nicht immer unterschieden worden sind, ist es zu erklären, daß Manche alle Tuteln für dative haben angesehen wissen wollen, nachdem die Reichs-Polizei-Ordnung v. J. 1577, Tit. 32 verordnet hatte, daß kein Vormund sich der Vormundschaft unterziehen solle, die Verwaltung sei ihm denn zuvor durch Obrigkeit übertragen worden. Dadurch ist bloß diejenige Art der Uebernahme (Acquisition), welche nach R. R. nur bei der tutela dativa statt fand, auch auf die übrigen Arten der Vormundschaft ausgedehnt worden. Die alten drei Arten der Vormundschaft (testamentaria, legitima et dativa), welche den Namen davon, wie die Delation geschehen ist, haben, sind ausdrücklich in demselben Reichsgesetz a. a. O. beibehalten. Auch nach statutarischen Rechten gelten dieselben

---

14) §§. 51, 52, 18 a. a. O.
15) §§. 54, 55 das. — II, 1, §. 200; Anh. z. A. G. O. §§. 68, 70.
1) II, 18, §. 110. Anmerkung im Entwurfe, Th. I, Abth. 3, S. 93.

Arten noch immer [2]). Die älteren Römischen Juristen waren über die Anzahl dieser Species und darüber: unter wie viele genera die Species zu bringen, nicht einig. Einige zählten fünf, Andere drei, noch Andere zwei, und wieder Andere eben so viel Genera als Species auf [3]). Ulpian theilt die Tutelen nach den Rechtsquellen ein, aus welchen sie entsprungen sind. Darnach entstehen sie entweder ex lege aliqua, wohin er die Agnaten- und Patronen-Tutel, die testamentarische, die atilianische und die ex lege Julia et Titia und endlich die ex lege Junia über die Latinen zählt; oder ex Senatusconsultis, nach welchen an Stelle eines tutoris furiosi, muti, absentis, pupillis suspecti, excusati et surdi einstweilen andere ernannt wurden; oder endlich moribus wenn der tutor selbst mit dem Pupillen gewisse Rechtsgeschäfte (eine legis actio oder ein legitimum judicium) hatte [4]). Ein solcher hieß tutor Praetorianus oder Praetorius, weil er vom Praetor urbanus ernannt wurde [5]). Daß diese einstweiligen Tutelen von selbst aufhörten, wenn ihre Veranlassung weggefallen war, ergiebt sich aus der Natur der Sache, da die Tutel, als ein Recht, noch nicht verloren gehen konnte, wenn der Tutor nur verhindert war, sein Amt auszuüben, und wenn nach Hebung des einstweiligen Hindernisses kein Grund vorhanden war, warum er nun nicht selbst wieder, nach wie vor, von seinem Rechte Gebrauch machen konnte. Es folgt hieraus auch, daß derjenige, welcher an die Stelle des als suspect removirten Vormundes gestellt worden war, kein tutor ad interim, sondern selbst ordentlicher Tutor war, eben deshalb, weil der removirte die Tutel verloren hatte [6]). Gleiche Bewandtniß hat es mit demjenigen, welcher in locum excusati datus est; deshalb, weil der ursprünglich berufene Vormund das Offizium niemals erworben, vielmehr es eben durch seine Entschuldigung abgelehnt hat. Diese tutores Praetoriani sind nach dem neuern R. und dem heutigen G. R. bloße Kuratoren, so daß

2) Nach Sachsen R. P. II, const. elect. II; Lüb. R. lib. I, tit. 7, Art. 1 u. 2; Magdeburg. Pol. Ordn. c. 43 u. m. A.

3) Gajus I, §. 188. Was unter Genus und Species zu verstehen, sagt er weder von sich noch von Andern. Labeo versteht unter seinen beiden Genera vielleicht die Tutel über Impuberes und die über Weiber.

4) Ulpian, Fr. Tit. XI, §§. 2—24. — L. 17 D. de tutelis.

5) Ulpian, l. c. §. 24; Gajus, Comment. I, §. 184.

6) Ulpian, XI, §. 23 und Gajus, I, §. 182.

die Regel: tutorem habenti tutor dari non potest, keine Ausnahme mehr leidet. — Das Wesen eines tutoris bestand in der auctoritas. Wo diese nicht nöthig war, bedurfte es auch keines Tutors [7]). Diese auctoritas war nur bei der legis actio und dem judicio legitimo erforderlich [8]). Zur Zeit Justinian's waren aber schon längst alle judicia — judicia extraordinaria, und kein Fall mehr vorhanden, wo ein tutor wesentlich nothwendig gewesen wäre, daher in allen Fällen, in welchen früher ein tutor Praetorius bestellt worden war, von nun an immer nur ein Kurator ernannt wurde [9]), wie es denn hiernach überhaupt keinen tutor im Sinne des alten Rechts mehr gab. — Eine andere, von Gajus herkommende Eintheilung der Vormundschaften nach den Delationsgründen ist in das praktische G. R. übergangen. Hiernach ist die Tutel entweder testamentaria, oder legitima, oder dativa. Das A. L. R. kennt, wie gesagt, nur die eine Dativ-Tutel, und wenn auch dem zuständigen Vormundschaftsgerichte vorgeschrieben ist, auf Diejenigen Rücksicht zu nehmen, welche der Vater oder Testator genannt hat, so ist es daran doch nicht gebunden [10]). Das ist folgerechter und mit den Grundsätzen des R. R. mehr übereinstimmend als es auf den ersten Blick zu sein scheint. Die Röm. Tutel war ein eigentliches Erbstück von Demjenigen, dem das Schutzrecht zu den Kindern zustand. Die Mutter oder ein Fremder konnte mithin darüber nicht verfügen, gleichwenig wie der Vater selbst, wenn ihm die väterliche Gewalt nicht mehr zustand [11]). Es war ihnen nur nachgegeben, den Kindern, wenn sie solche zu Erben beriefen, einen Tutor im Testamente in

---

7) L. 19 D. de aut. tut (XXVI, 8); L. 5 u. L. 1 C. de in litem dando (V, 44). Hierauf bezieht sich, was Paulus, L. 18 D. de tutorib. sagt: es werde an Stelle des abwesenden Tutors ein Kurator ernannt, wenn es kein emblema ist.

8) Ulpian, l. c. §. 24. — Daß in L. 3, §. 2 D. de tutelis die Redensart „litem agere“ ein emblema und aus lege agere entstanden sei, läßt sich nur dann annehmen, wenn man sich berechtigt hält, die §§. 2, 3 u. 4 und L. 4 u. 5 als ganz umgeschmolzen anzusehen; denn es ist darin von allen litibus die Rede, und alle waren nicht legis actiones oder legitima judicia. Andere Gründe hat Bynkeshoeck, L. VII, c. 13 für dieselbe Meinung gegen Giphan.

9) L. 1 u. 2 C. de formulis. — §. 3 J. de auct. tutor. (I, 21).

10) §§. 172—175, 184 d. T. Werden die Bezeichneten übergangen, so können sie auf rechtliches Gehör antragen. §. 200 d. T.

11) L. 4 D. de testam. tutor. (XXVI, 2); L. 4 C. eodem. Bach, ad §. 3 J. de tut. no. 5.

Vorschlag zu bringen, und der Prätor bestellte oder bestätigte ihn, nach vorangegangener Prüfung[12]). Da nun nach der landrechtlichen Auffassung die väterliche Gewalt und die daraus fließende Tutel im Sinne des R. R. nicht bestehen; so ist es folgerecht, daß die testamentarische Vormundsernennung in allen Fällen der Obrigkeit nur als Vorschlag gilt. Gleich folgerichtig ist die im A. L. R. beliebte stillschweigende Verwerfung einer Ernennungsbefugniß, welche manche Neuere[13]) unter der Bedingung, daß der Testator mehr als den Pflichttheil zuwendet, gestatten wollen, worin ihnen, was Andere[14]) auch dagegen sagen, beizustimmen sein würde, wenn es darauf ankäme, einen Tutor im Sinne des R. R. zu ernennen. Es kommt dabei aber auf die deutsche Rechtsanschauung an, und darnach muß es der Mutter, selbst für das enterbte Kind, gleich dem Vater zustehen, einen Vormund zu benennen[15]). II. Nächst dem vom Testator Genannten soll auf die

---

12) L. 6 D. de confirmat. tutor.; L. 1 C. eodem.

13) J. B. Romanus Consil. 188, nr. 3; Phil. Pascal, de patria potestate, part. 3, c. 10.

14) J. B. Ludwig, de different. in tutel. mul. III, lit. H.

15) Das war schon nach den Pandekten Gebrauch. L. 4, §. 1 D. de confirm. tutor. Die L. 4 C. de testam. tutor. ändert darin nichts. Diese Stelle hat viel Streit über die Befugniß der Mutter unter den Civilisten veranlaßt, wegen des anstößig gefundenen non. Die Erklärung scheint jedoch nicht so schwierig zu sein. Alexander wird gefragt: was Rechtens sei, wenn die Mutter in ihrem Testamente einen Tutor bestellt habe. Er antwortet darauf: die Mutter könne keinen Vormund bestellen, wenn sie die Kinder nicht zugleich zu Erben einsetze. Was dabei noch weiter nöthig, nämlich die confirmatio ex inquisitione, war außer Frage. Er fügt dann bei: Zuweilen ernennten die Mütter Vormünder ohne die Kinder einzusetzen. Dann pflege wol die Obrigkeit dieselben ebenfalls zu bestätigen, weil sich erwarten ließe, daß eine Mutter ihre Kinder lieb genug habe und einen ihr bekannten Vormund bezeichnen werde, als daß es vortheilhafter scheinen könnte, auf ihren Willen gar keine Rücksicht zu nehmen. Wenn nun einer von diesen beiden Fällen eintrete, so finde gegen den Vormund die actio tutelae statt. Sei aber der Vormund, mit oder ohne Erbeseinsetzung, von der Mutter ernannt, ohne daß er bestätigt worden, so sei er nur Protutor und könne auch nur mit dieser Klage belangt werden. Diese Konstitution ist der Theorie des Pandektenrechts völlig entsprechend. Das germanische Element gestaltet die Sache anders. Nach germanischen Rechtsansichten stehen die Kinder nicht bloß in der väterlichen Gewalt, sondern in der elterlichen Zucht, und nach des Vaters Tode behält die Mutter dieses Recht. Davon ist zwar das nur dem Vater allein zustehende Mundium verschieden, indeß ist doch aus der, der Mutter zustehenden Befugniß das Recht derselben abzuleiten, den Kindern zu substituiren. An diese Ansicht schließt sich das L. R. an. Nach deutschem Rechte gab es keine testamentaria tutela im Sinne des R. R.; nur die Obrigkeit konnte Vormünder bestellen. Es ist darnach wie nach R. R. in dem Falle, wenn Jemand testamento einen Tutor bestellt hatte, der nicht dazu befugt war. Vergl. Ludwig, Diff. IV, lit. c, und III, lit. gg.

Mutter und andere Verwandte der Pflegebefohlenen gesehen werden, doch ist die Vormundschaftsbehörde auch hierauf nicht beschränkt, vielmehr kann sie die Verwandten alle übergehen und einen Fremden bestellen [16]). Die Geschichte der Vormundschaft der Mutter ist nicht belehrend für das Studium des L. R. Zur Röm. Tutel konnte, weil solche ein munus civile, eine Frauensperson nicht kommen [17]). Gegen diesen Rechtssatz wurde von testirenden Vätern, welche die Mütter zu Vormündern beriefen, oft verstoßen. Bisweilen wurde solche Ernennung von der Obrigkeit irrthümlich bestätigt [18]), doch mußte eine solche Verfügung ohne rechtliche Wirkung bleiben. Man half sich deshalb in solchen Fällen durch Dispensation, welche man bei den Kaisern suchte [19]). Die Ertheilung wurde später an die Bedingung geknüpft, daß der Eingehung einer ferneren Ehe entsagt würde [20]). Das vorgeschriebene eidliche Angelöbniß hob **Justinian** auf, doch mit der Bestimmung, daß mit der neuen Heirath die Vormundschaft ipso jure aufhören sollte [21]). Später dehnte er diese Ausnahme von der Rechtsregel auch auf die Großmutter aus [22]). Hierdurch war die Sache wieder ebenso regelrecht geworden, als sie in der älteren Zeit gewesen war, wo die Tutel nach den Regeln über die Erbschaft behandelt wurde. So lange dabei der Grundsatz galt, daß nur Agnaten zur Erbschaft gelangen konnten, war es nicht möglich, daß die Mutter eine Vormundschaft führen konnte; nachdem aber die Cognaten zur Erbschaft gelangten, war die Mutter und Großmutter der erste tutor legitimus. — Bei den Deutschen hat die Mutter von jeher den Vorzug vor den Agnaten in der Vor-

---

16) §§. 186—198 u. 201 d. T. Dieß erinnert an die Röm. Tutela legitima, welche ex L. XII Tab. eintrat, wenn es an einem tutor testam. fehlte. Pr. J. de leg. tut.

17) L. 18 pr. §. 1; L. 1 §. ult. D. de munerib. (L. 4). — L. 12, §. 2 D. de judiciis (V, 1); L. 2 pr. D. de reg. jur. (L. 17). — L. 18, 16 pr. D. de tutel. (XXVI, 1); L. 26 pr. D. de testam. tut. (XXVI, 2); L. 21 pr. D. de tutor. et curat. (XXVI, 5); L. 1 C. quando mulier (V, 35).

18) L. 26 pr. D. de testam. tutor. (XXVI, 2).

19) L. 18 D. de tut. (XXVI); L. 16 pr. D. eodem. Später wurde verordnet, daß dergleichen Dispensationen nur dann nachgesucht werden sollten, wenn es an einem tutor testamentarius und legitimus fehlte. L. 2 C. quando mulier (V, 35).

20) L. 2 C. quando mulier; L. 5 C. eodem.

21) Nov. 94, c. 2.

22) Nov. 118, c. 5.

mundschaft gehabt[23]). Diese Rechtssitte ist im A. L. R. mit dem Justinian'schen Rechte verschmolzen, indem die Mutter und Großmutter, mit Weglassung der Entsagungen, zur Vormundschaft gelassen, jedoch derselben durch Eingehung einer neuen Ehe wieder verlustig werden[24]). Nach kinderloser Trennung der fernern Ehe soll die vorhin verlorene Vormundschaft wieder erlangt werden können[25]). — Wie es in Ansehung der minderjährigen Mutter gehalten werden soll, ist unbestimmt gelassen. Unter den gemeinrechtlichen Juristen ist darüber Meinungsverschiedenheit[26]). Nach den Grundsätzen des A. L. R. muß die Mutter, weil sie ein Vorrecht hat und nur auf Zeit an der Verwaltung verhindert ist, die Vormundschaft erhalten und bis zu ihrer Großjährigkeit durch einen Kurator vertreten werden[27]).

§. 792b.

b. Ernennung und Verpflichtung des Vormundes.

I. Die Nachsuchung der Bevormundung (petitio vel postulatio tutoris vel curatoris) hat nicht die Bedeutung wie im R. R., weil der Richter von Amts wegen für die Bevormundung sorgen muß[1]); sie wird auch nicht als ein Recht; sondern als eine Pflicht angesehen und besteht in einer formlosen Anzeige des Falles bei irgend einem Richter, welcher, wenn er nicht der Zuständige ist, die Sache an den Rechten abgeben muß[2]). 1. Zur Anzeige des eingetretenen Falles und zugleich zur Betreibung der wirklichen Bevormundung verpflichtet sind: a) die Mutter des in väterlicher Gewalt gewesenen Pfleglings; b) der Ehegatte einer

---

23) Ludwig, l. c. I, lit. bb; Lex Wisig. IV, 2, §. 2 u. 13; IV, 3, §. 1 u. 3; L. Burg. 59 u. 85. — Stiernhoeck, L. II, jur. Suec. c. 2, p. 175.

24) §§. 143, 186, 188 d. T.

25) §. 191 das. Ist dem Charakter des L. R. entsprechend. Die ältere brandenburg. V. O. von 1718, §. 14 hatte hierin den röm. Grundsatz. Arg. Nov. 94, c. 2.

26) Dafür ist u. A.: Ludwig, de mat. tut. diff. VII, lit. cc; dagegen u. A.: Stryck, U. m. L. XXVI, 4, §. 33.

27) So bestimmt es folgerecht schon die Magdeb. Pol. O. Tit. 43, §. 2.

1) §§. 90, 91, 107 u. 108 d. T. — Reichspol. Ordn. von 1548, Art. 31 und von 1577, Art. 32, §. 1.

2) §§. 95, 96 d. T. Durch die neue Gerichtsverfassung ist die Sache vereinfacht.

zu bevormundenden verheiratheten Person; c) die Verwandten. — Alle diese haften, wenn sie die Anzeige wissentlich versäumen, den Pflegebefohlenen und, bei Wahnsinnigen, auch dem Dritten für den aus der unterbliebenen Bevormundung entstandenen Schaden, und zwar die Mutter und der Ehegatte vorzüglich, die Uebrigen nach der Nähe des Grades; die Verwandten, welche dem Pflegling entfernter als im vierten Grade stehen, oder die nicht mit ihm an Einem Orte sind, jedoch nur alsdann, wenn sie die Anzeige geflissentlich in der Absicht, die Bevormundung zu hindern, unterlassen haben [3]). 2. Bloß zur Anzeige, bei fiskalischer Strafe von 5—50 Thlrn. ohne weitere Verbindlichkeit zum Schadensersatz, sind verpflichtet: a) Prediger, b) Dorfgerichte, c) Diejenigen, welchen die Anzeige der Todesfälle obliegt; d) die Zunftältesten; e) Handlungsgesellschafter; f) Diejenigen, welche mit dem Vater des Pfleglings oder mit Diesem selbst in näherer Verbindung gestanden haben [4]). 3. Verwandte und Zunftälteste sind auch verpflichtet, dem Richter auf Erfordern Vorschläge von, zur Anstellung als Vormund geeigneten, Personen zu machen und können durch Geldstrafen zur Folgeleistung angehalten werden [5]). II. Wer zum Vormunde bestellt werden soll, muß dazu fähig sein. 1. Für alle Fälle unfähig sind: a) Wer seinen eigenen Angelegenheiten vorzustehen unfähig ist; b) Minderjährige, wenngleich für volljährig erklärte [6]); c) Großjährige in väterlicher Gewalt ohne Einwilligung

---

3) §§. 92, 97—104 a. a. O. Das R. R. legt nur den Verwandten die Pflicht zur Petition auf, und verbindet mit der Verabsäumung bloß den Verlust des Successionsrechts. L. 2, §§. 2, 23, 28, L. 4 D. qui petant. tut. (XXVI, 6); L. 3 C. eod.; L. 2, §. 23, 47 D. ad S. C. Tertull. (XXXVIII, 7); L. 11 C. qui petant (V, 31); L. 28, §. 2 C. de adm. tutor. (V, 37). Doch ist es streitig: ob, da in den Stellen bloß von der Mutter und Großmutter Rede ist, auch Andere mit Verlust des Erbfolgerechts zu bestrafen. Vergl. Ludwig, l. c. p. 1193 ff. u. Stryck, U. m. Lib. XXVI, tit. 6, §. 2. — In Deutschland ist diese Strafe durch den Gerichtsgebrauch ausgeschlossen. Voet, Comment. Lib. 26, tit. 6; Ludwig, Diff. XV, p. 1158, T. II.

4) §§. 93, 94, 105 a. a. O. Dergleichen Personen sind nach L. 28, §§. 1, 2 D. eod. zur Petition nur berechtigt.

5) §. 111 a. a. O. Die Praxis findet es zweckmäßiger, dergleichen Vorschläge von den Magisträten und Dorfgerichten einzuholen.

6) §§. 130—132 das. Daß die venia aetatis hier nichts helfen soll, ist römisch (L. 1 C. de leg. tut.; §. 13 J. de excus. tut.; L. ult. C. de his qui ven. aet.); die Vormundschaft erforderte eine legitima aetas. Aber nach deutschem R. sollte es anders sein, weil man die venia aetatis in Deutschland nicht für ein Privilegium sondern für ein jus postliminium hält, indem erst das R. R. den langen Volljährigkeitstermin eingeführt hat. Ludwig, l. c.

des Vaters; d) Mönche[7]); e) Leute, die wegen grober Verbrechen verurtheilt worden, oder die ein ruchloses und schändliches Leben führen[8]); f) Wer wegen Untreue oder grober Fahrlässigkeit einer Vormundschaft entsetzt worden[9]); g) Frauen, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter[10]); h) alle Civil- und Militair-Bediente, ohne Einwilligung der Obern; so wie königliche und prinzliche Domainen-Pächter; Verwalter von königlichen, prinzlichen, privilegirten Kommunal- und Stiftungskassen und Einkünften ohne schriftliche Einwilligung der Behörde, wenn nicht bloß eine Kuratel für ein einzelnes Geschäft übernommen werden soll[11]). 2. Beziehlich unfähig sind[12]): a) Juden für Christen und umgekehrt, ausgenommen zu Kuratelen für einzelne Geschäfte[13]); b) Stiefväter für ihre Stiefkinder[14]), wenn nicht nach Ermessen des Richters ein erheblicher Vortheil für die Kinder davon zu erwarten ist; c) Ehemänner für schon bei der Verheirathung bevormundete Frauen; d) Wer von dem Vater oder Erblasser der Pflegebefohlenen ausgeschlossen worden ist; e) Feinde der Eltern

---

Diff. VIII; Schilter, exercit. XI, §. 27, p. 374; Stryck, XXVI, 4, §. 34; Ge. Schultze, ad tit. XIV, Inst. de tut. u. v. A.

7) §§. 133, 134 das.

8) §. 135 das. Daß die Ausdrücke sehr unbestimmt sind, hat nichts auf sich, weil Niemand ein Recht zur Vormundschaft hat.

9) §. 136 a. a. O.

10) §. 143 das. Die Aufzählung dieser Personalitäten hätte ganz unterbleiben können, da die Obrigkeit eine geeignete Person auszuersehen hat.

11) §§. 158–163 d. T. — Anh. z. A. L. R. §. 156.

12) §§. 137–149 a. a. O.

13) Nach R. R. war die jüdische Religion kein Hinderniß, denn die Juden waren Röm. Bürger oder konnten es sein, und nur von diesen spricht das Gesetz. Der jüdische Glaube war in der Ausübung der politischen Rechte eines Röm. Bürgers nicht hinderlich, und deswegen waren sie zu allen öffentlichen Aemtern an sich fähig. L. 15, §. 6 D. de excusat. (XXVII, 1); L. 3, §. 3 D. de decur. Für die Person des Pupillen konnte daraus keine Gefahr befürchtet werden, weil der Tutor es mit der Erziehung nicht zu thun hatte. Dieses Geschäft verbinden fast alle neuern Civilisten mit dem Amte des Röm. Tutors und verfallen dadurch in viele Irrthümer. Namentlich hat man, außer vielen andern widersinnigen Gründen, darin die Untauglichkeit der Juden zu Vormündern für Christen gefunden. Ludewig, de diff. jur. rom. et germ. diff. 8, lit. ff. Auch das A. L. R. befaßt den Vormund mit der Erziehung und deshalb findet es in der Glaubensverschiedenheit eine Unfähigkeit, wenn nicht der Erblasser eine solche Person zur Vormundschaft berufen hat. §§. 137, 179 d. T.

14) Anders nach L. 32 D. de adopt. (I, 7); L. 3 C. de contr. jud. tut. (V, 58); L. 2 C. de interd. matrimon. (V, 6), weil der Vormund mit der Erziehung nichts zu thun hatte.

der Pflegebefohlenen; f) Gläubiger und Schuldner der Pflegebefohlenen und überhaupt alle Diejenigen, deren Recht mit dem Interesse der Pflegebefohlenen streitet[14a]); g) Wer einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen ist, es wäre denn, daß erhebliche Ursachen die Bestellung räthlich machten; doch auch alsdann können Ausländer nur mit Genehmigung des Justizministers und des ausländischen persönlichen Richters, und nachdem sie sich in allen Angelegenheiten der Vormundschaft dem hiesigen Gerichte unterworfen haben, angenommen werden[15]). III. Wer zur Uebernahme einer Vormundschaft oder Kuratel von dem Richter berufen wird, muß sie annehmen. Es findet unmittelbarer Zwang dazu, durch Geldstrafen, statt, und wenn diese erfolglos sind, soll auf Kosten und subsidiarische Verantwortung des Berufenen ein anderer Vormund bestellt werden[16]); doch kommen, wie im R. R., Exkusationen vor. Exkusiren dürfen sich: 1. alle aktive Militairpersonen; 2. alle Königliche Beamte und Domainenpächter; 3. Verwalter öffentlicher nicht unbeträchtlicher Kassen; 4. Dirigenten und Burgemeister in den Städten; 5. Wer in öffentlichen Angelegenheiten verschickt ist, oder verschickt zu werden im Begriffe steht; oder wenn er noch nicht über Ein Jahr von einer solchen Sendung zurückgekehrt ist; 6. Wer das 60ste Lebensjahr überschritten hat; 7. Wer durch anhaltende Krankheit verhindert ist, die Vormundschaft persönlich zu besorgen; 8. Wer 5 Kinder noch in seiner Gewalt oder unversorgt im Hause hat, wobei die im Militairdienste stehenden, oder vor dem Feinde gebliebenen Söhne mitgezählt werden; 9. Wer schon zwei mit Vermögensverwaltung verknüpfte Vormundschaften, oder zwar nur Eine aber mit sehr vielen

---

14a) Nach altem R. R. war die Kollision der Rechte kein Hinderniß, weil eben die Tutel ein Recht war. (Ulpian, XI, §. 24.) Das gilt auch noch nach dem Pandektenrecht, wenn nur nicht über das ganze Vermögen des Pupillen oder de statu mit dem Tutor Streit entstand. (L. 6, §. 18, L. 20, 21 D. de excusat. tut.; L. 27, §. 1 D. de test. tut.; §. 4 J. de excusat. tut.) Die Nov. 72 erklärte aber alle, welche Debitor oder Kreditor des Pupillen sind, für unfähig. Dazu rechnet die Praxis auch die Miteigenthümer (Berlich. P. II, dec. 275, no. 32 u. 34, u. A.). Auf die Verheimlichung des Verhältnisses war eine Strafe gesetzt. (Nov. 72 u. Auth. minoris debitor C. qui dari tutor.) In derselben Weise das A. L. R. §§. 147, 149, 148, 167, 168 d. T.

15) §§. 150—157 d. T. Alle diese Bestimmungen sind bloße Instruktion. Nach R. R. konnte, wer nicht Röm. Bürger war, nicht Tutor werden. L. 7 C. qui dari tutores; L. 1 pr. D. de tutelis. Die Aufnahme dieses Hindernisses in das moderne Recht paßt nicht.

16) §§. 109, 202, 205—207 a. a. O.

und wichtigen Geschäften verbundene, führt; 10. ordentliche Lehrer an Schulen, Gymnasien und Universitäten, und Seelsorger, wenn sie für Andere als Kinder ihrer Verwandten und Amtsgenossen Vormund werden sollen[17]). — Hat Einer dieser Privilegirten die Uebernahme einer Vormundschaft schriftlich versprochen, so kann er sich nicht exkusiren[18]), und Wer in einem Testamente zum Vormunde bestimmt ist und sich exkusirt, verliert das ihm darin zugedachte Legat, wenn auch nicht ausdrücklich gesagt sein sollte, daß ihm solches mit Rücksicht auf die zu übernehmende Vormundschaft ausgesetzt worden[19]); hat er es angenommen, so muß er die Vormundschaft übernehmen oder das Empfangene zurückgeben[20]). Eine superveniens excusatio nimmt das Pr. R. nicht an[21]), außer wegen Krankheit[22]). IV. Die wirkliche Bestellung geschieht, nach vorheriger Verpflichtung mittelst Handschlags an Eidesstatt[23]), durch Ertheilung einer schriftlichen Bestallung (tutorium); erst nach Einhändigung dieser Bestallung ist der Vormund zu Handlungen berechtigt und verpflichtet, Geschäfte ausgenommen, wobei Gefahr im Verzuge ist[24]). Die Bestallung ist das eigentliche Anstellungsdekret und setzt daher die gewöhnlichen Erfordernisse eines richterlichen Willensakts voraus, namentlich: Kompetenz, Handlungsfähigkeit und Dasein der Voraussetzungen zu einer Bevormundung[25]). Die Bestallung eines Dativtutors konnte, nach

17) §§. 208—213 a. a. O. Diese Privilegien sind aus dem Gesichtspunkte der Staatslast nicht gerechtfertigt.

18) §§. 214, 215 das. — Vergl. L. 15, §. 1 D. de excusat. (XXVII, 1); L. 29 D. de testam. tut. (XXVI, 2); L. 18, §. 1 D. de lege Cornel. (XLVIII, 1); §. 9 J. de excusat. (I, 25). — Fr. Vat. §. 153.

19) §§. 216—219 das. — L. 28 pr. D. de testam. tut. (XXVI, 2); L. 28, §. 1, L. 32 i. f. D. de excusat. (XXVII, 1); L. 1, §. 3 D. ubi pupill. (XXVII, 2).

20) Nach L. 5, §. 2 D. de his quae ut indignis hat der Designirte keine Wahl mehr, sondern er muß die Vormundschaft übernehmen. Der Grund der Abweichung des Pr. R. hiervon liegt in dem Erforderniß der schriftlichen Form des Versprechens.

21) §. 941 a. a. O. — Anders nach L. 30 pr.; L. 12, §. 1 D. de excus. (XXVII, 1); L. 11, §. 2 D. de minor. (IV, 4).

22) §. 944 das. — L. 7, 12 pr., L. 40 D. de excus. (XXVII, 1); §. 6 J. eod. (I, 25).

23) Der frühere Vormundseid ist dadurch abgeschafft. Die Formel s. Vormundschafts-Ordn. von 1718, §. 36.

24) II, 18, §§. 220—230. — Vergl. L. 7 pr. i. f. D. de administrat. tut. (XXVI, 7); L. 1, 3—5 C. de tutore (V, 42).

25) Daher ist die Bevormundung eines Großjährigen als eines Minderjäh-

R. R., nicht unter einer Bedingung und nicht unter einer Zeitbestimmung geschehen, sonst war sie null[26]); nur die testamentarische Vormundschaft gestattete diese Modalitäten. Davon ist im Pr. R. die Bestimmung übrig, daß Vormünder ohne Noth von dem Richter nicht auf eine gewisse bestimmte Zeit bestellt werden sollen, daß jedoch der Richter von der Verordnung des Vaters oder Erblassers, daß der im Testamente bezeichnete Vormund nur bis zu einer gewissen Zeit oder Begebenheit, oder nur von einem gewissen Zeitpunkte oder Ereignisse an, die Vormundschaft führen dürfe, nur aus erheblichen Gründen abgehen könne[27]). Die Bestellung kann mithin allemal mit oder ohne Zeitbestimmung oder Bedingung gültig geschehen, denn die landrechtlichen Bestimmungen haben eine bloß instruktive Natur. V. Von dem Gutbefinden des Vormundschaftsgerichts hängt es ab, wieviel Vormünder angestellt werden sollen: für mehrere Geschwister kann ein gemeinschaftlicher und für eine einzelne Person können mehrere Vormünder bestellt werden[28]).

II. Rechte der Vormundschaft.

1. Verhältnisse des Vormundes:

§. 793.

a) Zum Vormundschaftsgericht.

Da der Vormund wesentlich bloßes Werkzeug des mit der Staatsvormundschaft betrauten Gerichts ist, so folgt, daß er sich in allen Vormundschaftsangelegenheiten nach den besondern Anweisungen des Gerichts zu richten hat. Er muß, wenn erhebliche Veränderungen in Ansehung der Person oder des Vermögens vorgenommen werden sollen, dem Gerichte davon Anzeige machen und dessen Genehmigung oder Anweisung einholen, vornemlich

---

rigen, und eines angeblich Geisteskranken, der nicht für wahn- oder blödsinnig rechtskräftig erklärt ist, absolut null. L. 26, 10 et 8, §. 1 D. qui petant tut. (XXVI, 6).

26) L. 6, §. 1 D. de tutelis (XXVI, 1); L. 77 D. de reg. jur.

27) II, 18, §§. 125—128. Die Gründe sind subjektive des Vormundschaftsbeamten.

28) §§. 112, 113, 952 a. a. O.

alsdann, wenn von einer Handlung oder einem Falle die Rede ist, woraus bedenkliche oder schlimme Folgen für den Pflegling entstehen können[1]). Danach ist die Meinung, daß der Vormund ohne Autorisation oder Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keine Verbindlichkeit des Pfleglings gültig eingehen, und keine präjudizirliche Willenserklärung für ihn geben kann, der landrechtlichen Ansicht entsprechend[2]). Die Praxis tritt zwar dieser Konsequenz entgegen und eine andere Meinung, die sogar in dem Plenum des Ober-Tribunals die Mehrheit auf ihrer Seite gehabt hat, leugnet sie (Note 2). Doch sie ist darum nicht weniger richtig. Das Gericht ist auch befugt und verpflichtet, den Vormund zur Ausführung der ihm gegebenen Anweisung anzuhalten und darin beständig zu beaufsichtigen[3]). Daraus wird gefolgert, daß die abweichende Meinung des Vormundes keine Geltung habe, weil zwischen einem Bevollmächtigten und dem Machtgeber über die Ausführung des Geschäfts nach dem Willen des Letztern kein Streit sein kann[4]). Nur diejenigen Vormünder, welche von der Aufsicht und Leitung des Vormundschaftsgerichts entbunden sind, machen eine Ausnahme: diese haben in den meisten Beziehungen den Beruf eines wirklichen Vormundes, d. h. eines selbstständigen Stellvertreters des Pfleglings in Ansehung der juristischen Persönlichkeit desselben.

---

1) II, 18, §§. 235, 236, 238, 239. Vergl. die folg. Note.

2) Piners sucht zwar den Satz zu begründen, daß die von den Vormündern Namens des Pfleglings geschlossenen Verträge auch ohne vormundschaftliche Approbation gültig, wenn dieselbe für den besondern Fall nicht ausdrücklich erfordert werde (Ulrich, Archiv, Bd. II, S. 437); doch ist er mit der Bedeutung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts im Pr. R. nicht vereinbar. Das Ober-Trib. ist durch den Plenarbeschluß v. 22. Juni 1846 (J. M. Bl. S. 211 und Entscheidungen, Bd. XIII, S. 3 ff.) noch weiter gegangen, indem es den Satz angenommen hat, daß zur Ungültigkeits-Erklärung eines vom Vormunde für den Mündel abgeschlossenen Vertrags der Umstand allein, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben aber nicht eingeholt sei, nicht hinreiche. Zufolge dieses Satzes hat das Obertr. (III S.) angenommen (am 27. Febr. 1849 in Sachen Bartel w. Dämke, $^{784}/_{138}$ 48), daß der Vormund, ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, für den Mündel auch Grundstücke gültig ankaufen könne. Desgl. der IV. S. im Sept. 1849 in der Sache Schneider w. Perl, daß er Lieferungskontrakte uneingeschränkt schließen könne. Das Alles ist jedoch nur Widerstreben gegen den das privatrechtliche Element verläugnenden Sinn der landrechtlichen Satzungen.

3) §§. 236, 237 a. a. O. Man sträubt sich mitunter in der Praxis gegen diesen Beruf der Vormundschaftsgerichte, und will ihn nicht anerkennen. Simon's Rechtsspr., Bd. I, S. 419. Andererseits wird er wieder bekräftigt und in Schutz genommen. R. v. 4. Jan. 1842 (J. M. Bl. S. 23).

4) §§. 235, 236 a. a. O. Entspricht den büreaukratischen Grundsätzen völlig.

§. 794.

b) Zu Mitvormündern.

I. Das Pr. R. hat den, dem R. R. gerade entgegengesetzten, Grundsatz: mehrere Vormünder stellen eine moralische Person vor; der Einzelne hat nicht das Tutelarrecht und kann ohne Zuziehung und Beistimmung der Uebrigen nichts vornehmen[5]). Bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet nicht Stimmenmehrheit, sondern das Vormundschaftsgericht bestimmt: wie es sein und was geschehen soll[6]). Die Vormünder sind nicht befugt, sich in die Geschäfte zu theilen; geschieht es, so wird dadurch das Rechtsverhältniß unter ihnen nicht verändert: es steht lediglich dem Gerichte zu, anzuordnen: ob und wie die Geschäfte unter ihnen getheilt sein sollen. Bei getroffener Theilung ist Keiner befugt oder schuldig, sich in den Geschäftskreis des Andern einzumischen, wohl aber ist Jedem zur Pflicht gemacht, den Andern zu überwachen und, was er Verdächtiges wahrzunehmen glaubt, anzuzeigen[7]). Wer bei der Theilung der Geschäfte unbetheilt bleibt, heißt Ehrenvormund (tutor honorarius) und hat die Obliegenheit, die verwaltenden Vormünder zu beaufsichtigen[8]); er haftet wegen Versäumung der Aufsicht dem Pflegling subsidiarisch, doch noch vor dem Vormundschaftsrichter[9]). II. Dieselben Grundsätze gelten auch von mehreren Kuratoren, doch mit dem Unterschiede, daß für verschiedene Angelegenheiten auch verschiedene Kuratelen geführt werden können: dergleichen verschiedene Kuratoren stehen unter einander in keiner Verbindung[10]).

---

5) §§. 115, 116 das. — Nach L. 36 D. de administr. (XXVI, 7) hat Jeder das Recht ungetheilt. Vergl. L. 3 pr., L. 24, §. 1 D. eod.; L. 14, §. 5 D. de solut. (XLVI, 3); L. 8, §. 4 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

6) §. 117 a. a. O. Ist ganz folgenrecht.

7) §§. 114, 118, 119, 121, 122 a. a. O. Auch nach L. 3, §. 6 D. de administr. findet Theilung der Geschäfte oder Auswahl eines handelnden Vormundes durch die Obrigkeit statt. Tit. C. de divid. tutela (V, 52).

8) §. 120 a. a. O. — L. 3, §. 2 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

9) §§. 291, 292, 302, 303 a. a. O. — L. 3, §. 2 D. eod.; L. 60, §. 2 D. de ritu nupt. (XXIII, 2).

10) §§. 123, 124 a. a. O.

§. 795.

c) Zu dem Pfleglinge.

I. Die Natur des Verhältnisses des Vormundes zu dem Pfleglinge ist, nach Pr. R., ein vertragsmäßiges, kein bloß aus dem Gesetze entspringendes: der Vormund steht in demselben Verhältnisse zu dem Pfleglinge wie ein Beamter zu dem Dienstherrn; namens des Pfleglings kontrahirt das Vormundschaftsgericht. Die Ansichten und Grundsätze des R. R., wonach das Verhältniß aus dem Gesetze entsteht (eigentlich ein Zustandsverhältniß ist) und die daraus entspringenden Obligationen als kontraktsähnliche (quasi ex contractu) behandelt werden, passen nur auf das Vormundschaftsgericht, bei welchem, wie gesagt, die Vormundschaftsgewalt von Rechts wegen ist; der Vormund aber ist nach Pr. R. weiter nichts als ein von dieser Vormundschaft für den Dienst des Pfleglings angenommener Diener, der von Rechts wegen nichts ist, sondern bloß Das zu thun hat, was ihm die Vormundschaft aufzutragen für gut findet[11]). In dieser gänzlichen Umänderung des Verhältnisses liegt eben die bedeutendste Abweichung des A. L. R. von dem bis dahin gültig gewesenen Rechte; das Verhältniß des Vormundes ist nunmehr ein von dem des Vormundschaftsgerichts zum Pfleglinge ganz verschiedenes: dieses letztere ist das alte Schutzverhältniß geblieben (§. 801). Nachgerade findet man diese Aneignung eines Familien- und Privatrechts lästig und man möchte wo möglich sich Erleichterung verschaffen, indem man in unwesentlichen Dingen andern Personen eine Art von Geschäftsführung aufzuladen vorgeschlagen hat[11a]). Doch ist das nicht thunlich, wenn man nicht das büreaukratische Prinzip auf-

---

11) Nach der Meinung des Obertrib. (Hinschius, Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1839, S. 5) soll es einleuchten, daß kein kontraktliches Verhältniß zwischen dem Pfleglinge und Vormunde bestehe, weil es nicht dem freien Willen des Vormundes überlassen sei: ob er die Vormundschaft (sollte heißen: das Amt) annehmen will oder nicht. Aber daß Jemand aus rechtlicher Nothwendigkeit ein Verhältniß eingeht, trägt zur Bestimmung der rechtlichen Natur des eingegangenen Verhältnisses gar nichts bei, wie die nothwendigen Veräußerungsverträge und die Kommunalämter ad oculos demonstriren. Das A. L. R. verweiset im §. 258 a. a. O. auf das Vollmachtsverhältniß. Vergl. auch das R. v. 4. Jan. 1842 (J. M. Bl. S. 22).

11a) Man vergleiche die dem Prinzip widersprechenden Vorschläge des Justiz-Ministers Simons in seinem Min. Bl. v. 1851, S. 178.

geben und sich auch nicht mit ihm in Widerspruch setzen will. II. Bezüglich auf die Zuziehung des Pfleglings zu den Geschäften finden sich Anordnungen, deren Rechtfertigung ein Mißverständniß aufdeckt. Es wird nämlich gesagt, daß der Römische Unterschied inter auctoritatem tutoris et consensum curatoris bei uns wegfalle, deshalb müsse man sich bloß an Das halten, was die Natur der Sache mit sich bringt. Aus dieser folge, daß für Pflegebefohlene, denen das Vermögen, moralisch frei zu handeln, gänzlich fehlt, der Vormund allein handeln könne und müsse; daß hingegen Pflegebefohlenen, welche das Vermögen an sich zwar besitzen, deren judicium aber noch imperfectum ist, oder die an dem völligen Gebrauch ihrer moralischen Freiheit durch körperliche oder geistige Unvollkommenheiten gehindert sind, für sich selbst, unter Einwilligung des Vormundes, handeln könnten; daß der Vormund dergleichen Pflegebefohlene von ihren Angelegenheiten nicht ganz ausschließen könne; und daß ihre Zuziehung dabei, je nachdem die Sache ihre Person, oder ihr Vermögen betrifft, mehr oder weniger nothwendig sei[12]). Aus diesen Gründen ist angeordnet: 1. daß der Vormund die Stelle der Eltern vertrete, sich aber auch nicht mehr Befugnisse über die Person seines Pfleglings anmaßen könne, als einem Vater über die in seiner Gewalt stehenden Kinder zustehe; und daß der Pflegling dem Vormunde Ehrerbietung, Gehorsam und Folgsamkeit schuldig sei; 2. daß ein über 18 Jahre alter Pflegebefohlener verlangen könne, daß er von dem Vormunde über erhebliche Vorfälle in seinen Vermögensangelegenheiten unterrichtet und mit seiner Meinung vernommen werde; daß jedoch der Vormund an diese Meinung nicht gebunden sei; 3. daß der Pflegling, wenn er eine ihm vortheilhaft scheinende Handlung vornehmen wolle, wozu der Vormund seine Einwilligung verweigere, bei dem Vormundschaftsgerichte auf Ergänzung derselben antragen könne[13]). Allein jener Unterschied ist schon im Justinianschen Rechte gar nicht mehr

---

12) Anmerkung im Entwurfe z. A. G. B. Th. I, Abth. 3, S. 113.

13) II, 18, §§. 240—248. Die letztere Bestimmung ist nur daraus erklärlich, daß die vormundschaftliche Gewalt wesentlich bei der Obrigkeit und nicht bei dem Vormunde ist; wo der Vormund die Potestas hat, kann seine Zustimmung durch keine Obrigkeit ergänzt werden; denn das obrigkeitliche Aufsichtsrecht berechtigt bloß zur Verhinderung von Mißbräuchen, nicht aber zur Aneignung oder Ausübung des Vormundschaftsrechts selbst. Vergl. **L. 17 D. de auctoritate (XXVI, 8).**

vorhanden und bezog sich überhaupt auch zu seiner Zeit nicht auf das Verhältniß des Vormundes zum Mündel, sondern auf das des Mündels zu Dritten, mit welchen eine Rechtshandlung vorgenommen werden sollte: das neuere R. R. kennt keinen Fall mehr, wo die auctoritas tutoris noch erforderlich wäre: der Vormund kann alle Geschäfte ohne Zuziehung des Mündels vollziehen. Die rechtliche Bedeutung des consensus curatoris aber ist, daß der Kurande selbst handeln muß, wenn das Geschäft für ihn gültig geschlossen werden soll, und daß mithin nicht der Kurande von dem Kurator, sondern umgekehrt Dieser von Jenem zugezogen werden muß. Diese Bedeutung fällt nach Pr. R. ganz weg: der Vormund kann, versteht sich mit Autorisation des Vormundschaftsgerichts, gültig abschließen, ohne den Pflegling vorher zu vernehmen, wenngleich Dieser über 18 Jahre alt ist[14]). III. Da der Vormund ein ausdrücklich beauftragter Stellvertreter ist (I), so folgt bei der Statthaftigkeit des Erwerbs durch freie Stellvertreter, daß der Pflegling aus den für ihn durch den Vormund geschlossenen Rechtsgeschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, selbst wenn der Vormund in seinem eigenen Namen gehandelt hat, falls aus den Umständen aber erhellet oder dem Dritten sonst bekannt gewesen ist, daß es ein vormundschaftliches Geschäft sei; es bedarf deshalb keiner Cession des Vormundes an den Pflegling[15]). IV. Soll zwischen dem Vormunde und dem Pflegling eine Handlung vorgehen, wodurch Dieser dem Erstern verbindlich gemacht wird, so muß entweder das Vormundschaftsgericht unmittelbar handeln[16]), oder ein besonderer Kurator bestellt werden[17]). Nimmt er eigenmächtig Gelder des Pfleglings in seine Benutzung, so muß er 8 Prozent Zinsen zahlen und wird durch Wechselarrest zur sofortigen Erstattung angehalten[18]). V. Der Vormund hat für seine Mühewaltung in der Regel nichts zu fordern. Ausnahmen sind: 1. wenn er durch vorzüglich kluge und mühsame Verwaltung das Vermögen vergrößert, oder die

---

14) §. 250 a. a. O.

15) §§. 250—252 das. — S. o. §. 572. Der Vormund für seine Person kann nicht belangt werden. §. 796.

16) Das geschieht oft, z. B. bei Verabredung der Alimente, bei Vergütigungen u. dergl. Vergl. §§. 487, 488 und 527 d. T.

17) §§. 253, 254 a. a. O.

18) §§. 486, 546 ebend. Von Aufsichts wegen, ohne förmlichen Prozeß.

Einkünfte beträchtlich vermehrt hat; 2. wenn die Vormundschaft mit einer weitläufigen und beschwerlichen Verwaltung verknüpft ist und von den Einkünften ein ansehnlicher Ueberschuß verbleibt; 3. wenn der Pflegling ein Abwesender ist und die Einkünfte einen reinen Ueberschuß geben. In diesen Ausnahmefällen kann durch eine Stimmenmehrheit von zwei Dritteln des Vormundschaftsgerichts, sonst nur mit Beistimmung des Justizministers, ein angemessenes Honorar bei Güterverwaltungen auf 1—3, bei Kapitalsverwaltungen bis auf Ein Prozent der Einkünfte, bei Vormundschaften über Wahn- und Blödsinnige ein noch höheres, bewilligt werden, wenn der Erblasser des Pfleglings nicht etwa dem Vormunde schon ein Honorar bestimmt oder ein Legat vermacht hat und der Vormund nicht geneigt ist, das Eine und Andere auszuschlagen und es auf die richterliche Bestimmung ankommen zu lassen[19]). Unbedingt aber ist der Vormund zu fordern berechtigt: 1. Ersatz für Schaden, welchen er bei seiner Pflichterfüllung ohne eigenes mäßiges oder grobes Versehen erlitten hat, der ihm außerdem nicht widerfahren sein würde; 2. Ersatz der bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erlittenen Schäden nach den Grundsätzen des Vollmachtsauftrags; 3. Ersatz der Kosten und Diäten für nothwendige Reisen; 4. Ersatz aller sonst in Angelegenheiten des Pfleglings mit Umsicht verwendeten Kosten, mit landüblichen Zinsen vom Tage der Verwendung; 5. Ersatz für wissenschaftliche, kunst- oder handwerksmäßige Dienste[20]); 6. Entlastung von den in vormundschaftlichen Geschäften gegen Dritte übernommenen Verbindlichkeiten[21]). — Wegen seiner Vorschüsse kann der Vormund am Ende der Vormundschaft Kautionsbestellung fordern, wenn er nicht sogleich befriedigt oder der Vorschuß nicht anerkannt wird[22]).

---

19) §§. 263—274 das. Auch nach L. 33, §. 3 D. de adm. tut. kann ein Honorar bewilligt werden. Die Beschränkung bezüglich auf die Untergerichte fällt jetzt weg.

20) §§. 255—262 das.

21) §. 251 a. a. O. Ist selten erforderlich. Vergl. Note 15.

22) §§. 882—884 das. — Eigentlich müßte dem Vormunde das Retentionsrecht zustehen; statt desselben ist ihm die Befugniß des Arrestschlags gegeben, ohne daß er die sonst zur Begründung eines ordentlichen Arrestgesuchs erforderliche Unsicherheit des Arrestaten nachzuweisen braucht. §§. 883, 884 a. a. O.

§. 796.

d) Zu Dritten.

Der Vormund als Stellvertreter wird in vormundschaftlichen Geschäften dem Dritten, mit welchem er handelt, in der Regel persönlich nicht verantwortlich, ausgenommen: 1. wenn er ein Geschäft des Pfleglings in seinem eigenen Namen abgeschlossen hat[23]; 2. wenn er Geschäfte, insbesondere Prozesse als Kläger, ohne ausdrückliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unternimmt, oder Anlehne macht, wozu die Genehmigung auch noch später nicht nachgebracht werden kann[24]; 3. wenn er wider den Willen des Vormundschaftsgerichts einen ungegründeten Prozeß anfängt oder fortsetzt; oder wenn er selbst mit Zustimmung dieses Gerichts einen von dem Prozeßrichter für unnütz oder offenbar ungegründet erkannten Prozeß unternimmt oder durch Verfolgung solcher Rechtsmittel fortsetzt[25]; 4. wenn er unbewegliche Güter des Pfleglings mit Verletzung der gesetzlichen Vorschriften veräußert hat und der gewesene Pflegebefohlene dieselben mit Erfolg vindizirt[26]. S. übrigens o. §. 793.

2. Amtsführung des Vormundes.

§. 797.

a) Das Allgemeine.

I. Zum Berufe des Vormundes gehört die Sorge für die Person und für das Vermögen des Pflegebefohlenen[1]; allein die

---

23) §. 251 a. a. O. Falls dem Dritten die Eigenschaft des Geschäfts als eines vormundschaftlichen nicht erkennbar gewesen. S. Note 15.

24) §§. 502, 509, 526 das. In diesem Falle sollte der Vormund, nach der Regel, nur subsidiarisch haften.

25) §§. 515–519 a. a. O. Die Redensart der „offenbaren Grundlosigkeit" in den Urtelsgründen ist sehr oft dann gebräuchlich, wenn der abgewiesene Theil gerade Recht hat und nicht selten durch den Gebrauch der Rechtsmittel sein Recht durchsetzt. Die Bestimmung ist also in dem Falle nicht zu rechtfertigen, wenn der Vormund eigenmächtig handelt.

26) §. 592 das. In diesem Falle sollte der Dritte selbst sich vorsehen.

1) §. 231 a. a. O.

ganze Vormundschaft steht unter der Leitung des Gerichts dergestalt, daß die Vormundschaftsgewalt (die Potestas) dem Gerichte zusteht und der Vormund nur die allgemeinen oder die besondern Befehle desselben auszuführen hat[2]). Einem solchen Erblasser des Pfleglings jedoch, welcher Diesem mehr als einen ihm schuldigen Pflichttheil zuwendet, ist gestattet, durch eine gerichtliche Erklärung, oder in einem förmlichen Testamente, den Vormund von dieser Leitung zu befreien, in welchem Falle das Amt des Gerichts auf das bloße Aufsichtsrecht und auf die Verpflichtung und Anstellung des Vormundes zurückgeführt ist[3]). II. Die Vormundschaft vertritt den Pflegling in allen Rechtshandlungen und erwirbt ihm. Bezüglich auf den intensiven Umfang der Verfügungs-Berechtigung der Vormundschaften hat sich die Meinung kund gethan und auch in der Praxis zum Theil Geltung verschafft, daß auch unentgeltliche Veräußerungen in der Gewalt der Vormundschaft ständen. Das ist ein Irrthum; eine solche Befugniß der Vormundschaft kennt das Recht nicht; der Vormundschaft ist im Gegentheil ausdrücklich die Sorge für die Sicherstellung und Erhaltung, für ordentliche wirthschaftliche Verwaltung und für die Verbesserung des Vermögens ihres Pfleglings zur Pflicht gemacht[4]); sie ist daher auch nicht befugt, von der verschriebenen Sicherheit einen Theil aufzugeben, bloß um dem Schuldner gefällig zu sein; sonst muß sie den entstehenden Ausfall ersetzen, ohne daß ihr die Ausrede gestattet ist, daß nach den damaligen Zeitverhältnissen und Umständen die Sicherheit noch hinlänglich gewesen; denn sie hat gar nicht das Recht, dem Pflegling Etwas zu vergeben[5]). Ein anderer Fall ist es, wenn dem Pflegling durch die versagte Befreiung eines Theils des Unterpfandes ein Nachtheil zugezogen werden könnte, etwa dadurch, daß der Schuldner das Kapital zurückzahlen würde und in Folge dessen ein Ausfall an den Zinsen entstehen möchte: in diesem Falle ist freilich zu erwägen, ob es nicht vortheilhafter sei, sich mit der noch übri-

---

2) §§. 235—239 das. Vergl. o. den §. 793 und die Note 2 dazu.

3) §§. 681 u. flg. a. a. O.

4) §. 233 a. a. O. Die Vormundschaft kann wesentlich nur verwalten und soll das in Verwaltung Genommene erhalten.

5) L. 46, §. 7; L. 22; L. 7, §. 2 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7); L. 1, §§. 1, 2 D. de tutelae. — M. Ausf. in der Jur. Wochenschr. 1837, S. 725 flg.

gen Sicherheit zu begnügen und dafür in dem Genusse der bisherigen Zinsen zu bleiben. III. In Ansehung des Grades des Versehens, wofür der Vormund verantwortlich ist, geht das P. R. von dem vor dem A. L. R. gültig gewesenen G. R. wieder ab. Nach Röm. Ansicht kann man nicht verlangen, daß Jemand bezüglich auf eine, aus dem ihm eigenen Rechtszustande entspringende, einzelne Verbindlichkeit sich selbst übertreffe, d. h. daß er seine Eigenschaften, Fähigkeiten und Gewohnheiten ganz umwandle. Dasselbe nimmt man bei solchen Verhältnissen an, welche man nicht hat ablehnen dürfen oder welche einzugehen man von dem Andern veranlaßt worden ist. Daraus folgt, daß in solchen Verhältnissen nur der der Person eigenthümliche Grad von Vorsicht und Besonnenheit (diligentia qualem suis rebus adhibere solet) gefordert wird. Dieses gilt auch von einem solchen Vormunde, der sich nicht zur Vormundschaft gedrängt hat[6]). Das A. L. R. nimmt darauf keine Rücksicht; jeder Vormund, wenngleich zu seinem Amte gezwungen, muß in der Regel jedes begangene mäßige Versehen (culpa levis in abstracto) vertreten[7]). Davon giebt es zweierlei Ausnahmen. 1. Fälle, wo der Vormund selbst ein geringes Versehen vertreten soll. Diese sind: a) wenn er Umstände, die ihn für diese Vormundschaft unfähig machen, geflissentlich verschwiegen; b) wenn er Geschäfte, die eine besondere Sachkenntniß erfordern, eigenmächtig persönlich unternommen; c) wenn er selbst ein Sachverständiger ist und als solcher Geschäfte des Pfleglings besorgt; d) wenn er bei dem Vormundschaftsgerichte hätte anfragen sollen, die Anfrage aber unterlassen hat[8]). 2. Fälle, wo nur ein grobes Versehen berücksichtigt wird: a) wenn der Vormund ein von dem Vater oder Erblasser des Pflegebefohlenen, oder von seinem Vorgänger angefangenes Geschäft unter unveränderten Umständen fortsetzt[9]); b) wenn er mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Prozeß anfängt

---

6) L. 33 pr. D. de adm. tut. (XXVI, 7); L. 1 pr. D. de tutelae (XXVII, 3); Nov. 72, c. 8. — L. 53 §. 3; L. 85 D. de furtis (XLVII, 2). — S. o. §. 469, S. 49.

7) II, 18, §§. 275, 276, 472, 474, 478, 911.

8) §§. 277—280 a. a. O. Für reinen Zufall haftet er niemals. §. 282 das. — Pr. des Obertrib. 1209, vom 18. Oktober 1842 (Entscheid. Bd. VIII, S. 378.

9) §§. 283—285, 462, 463 das.

oder fortsetzt, welcher einen nachtheiligen Ausgang nimmt [10]); c) wenn die Erben des Vormundes belangt werden, und die Klage von dem Vormunde selbst noch nicht beantwortet worden [11]). 3. Ehrenvormünder und, bei getheilter Verwaltung, auch die Nebenvormünder in der ihnen obliegenden Beaufsichtigung der Andern, haften nur für ein grobes Versehen [12]); mehrere Vormünder in gemeinschaftlicher Verwaltung haften solidarisch, haben aber unter sich den Regreß; hat eine Privattheilung der Geschäfte stattgefunden, so haftet Derjenige, welcher das Versehen begangen hat, vorzüglich [13]). IV. Die Verbindlichkeit des Vormundes zur Kautionsbestellung findet sich im Pr. R. wieder, doch in einer andern Bedeutung als im R. R. Die gesetzliche Tutel des R. R. ist ein Zustandsverhältniß, in welchem der Vormund nur durch die einzelnen Geschäftshandlungen verbindlich wird, woraus für den Pflegling eine Spezies der negotiorum gestorum actio, nämlich die actio tutelae entsteht. Um dem Pfleglinge eine einseitige Kontraktsklage für alle Fälle der Verwaltung zu verschaffen, verordnete der Prätor, daß der gesetzliche Vormund dem Pflegebefohlenen ausdrücklich, mit Bürgen, versprechen solle, ihm künftig das verwaltete Vermögen unversehrt auszuantworten (caveri oder satisdari rem salvam fore) [14]). Diese Satisdation wurde durch Stipulation geleistet, wodurch die actio ex stipulatu für alle die Fälle begründet wurde, wo der Pflegling sonst nur die actio tutelae directa gehabt haben würde [15]). Bei andern Vormündern bedurfte es dieses Sicherheitsmittels nicht, weil den Testaments-Tutor der Vater, und den Dativtutor die Obrigkeit geprüft hatte [16]). Davon sehr verschieden ist das Gemeine und Pr. R. Dasselbe verlangt gerade von den Dativ-Vormündern Kautionsbestellung, worunter man eine reale Sicherheitsbestellung versteht

10) §. 513 a. a. O.

11) §§. 293, 294 das.

12) §. 291 a. a. O. Ist römisch. L. 39, §. 6 D. de adm. tut.(XXVI. 7); L. 8, §. 1 D. de fidejuss. (XXVII, 7); L. 4 D. de magistrat. conven. (XXVII, 8).

13) §§. 286—290 a. a. O.

14) L. 5, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 8, 4, §. 8 D. rem pupilli (XLVI, 6).

15) L. 1, §. 2 D. de stipul. praetoriis (XLVI, 5). — L. 1, L. 4, §. 6 D. rem pupilli (XLVI, 6).

16) Pr. J. de satisdat. (I, 24); L. 4 C. de tutore vel curatore (V, 42); L. 5, §. 1 D. de legitim. tut. (XXVI, 4).

(§. 204); und zur Begründung eines kontraktlichen Klagerechts bedarf es nach Pr. R. um so weniger noch eines besondern Versprechens, da der Vormund schon in einem vertragsmäßigen Verhältnisse zum Pfleglinge steht (§. 795, 1). In der Regel soll jeder Vormund, welchem Vermögen seines Pfleglings zur Verwaltung anvertraut wird, eine verhältnißmäßige, auf eine gewisse Summe bestimmte Kaution, und zwar durch Bürgen oder Unterpfand, bestellen; das Gericht muß sich jedoch mit derjenigen Kaution begnügen, welche der Vormund nach seinen Umständen aufbringen kann, und die durch Hypothekbestellung geleistete Kaution muß, auf Verlangen des Vormundes, bis auf die Hälfte des Werths des Grundstücks zurücktreten[17]. Befreit von der Kautionsbestellung sind: 1. Vormünder, welche von dem Erblasser des Pfleglings bezeichnet sind, so lange sie ihr Amt ordentlich verwalten; 2. Vormünder vermögensloser Pflegebefohlenen; 3. alle andern Vormünder, welche außer Stande sind, Kaution zu bestellen und den Ruf der Rechtlichkeit und ordentlichen Wirthschaft haben. Das hat den Sinn, daß dergleichen Männer zu Vormündern angenommen und beziehlich beibehalten werden können; doch soll ihnen das Gericht keine Gelder anvertrauen und alle Gelegenheit zu nachtheiligen und willkührlichen Verfügungen nehmen[18].

§. 798.

b) In Ansehung der Person des Pfleglings.

Bezüglich auf die Person des Pfleglings hat das Pr. R. die erhebliche aber folgerechte Abweichung von dem R. R., daß dem Vormunde vorzüglich die Sorge für die Person[1], d. h. für das körperliche und geistige Wohl des Pfleglings, insbesondere für den Unterhalt und die Erziehung obliegt[2]. Dazu paßt zwar die

---

17) II, 18, §§. 424—431.

18) §§. 433—437 das. Die Kautionsbestellung ist ganz ungebräuchlich.

1) §§. 232, 234, 308 a. a. O.

2) Nach R. R. hat der Tutor keine Gewalt über die Person, denn er hat mit der Erziehung des Pupillen nichts zu thun; der Prätor bestimmt, nach vorheriger Berathung mit den Verwandten, darüber, wobei er auf den Tutor wie auf jeden Andern sehen kann. Tit. Dig. ubi pupillus educari (XXVII, 2). Deshalb kann es dem Pupillen nicht gefährlich werden, daß der nächste Erbe

Bestimmung, daß bei der Auswahl des Vormundes auf die nächsten Verwandten Rücksicht genommen werden muß (§. 792), nicht; durch die unmittelbare Einwirkung des Vormundschaftsgerichts wird jedoch in der Praxis dieser theoretische Unterschied völlig ausgeglichen; denn die Wahl des Erziehers steht lediglich dem Gerichte zu, und weder der Erzieher noch der Vormund haben die Befugniß, von der getroffenen Anordnung oder Einrichtung eigenmächtig abzuweichen [3]. Der Vormund hat wenigstens einmal im Jahre über Aufenthalt und Erziehung des Pfleglings zu berichten [4]; ihm steht das elterliche Züchtigungsrecht zu, selbst gegen Großjährige, welche wegen Verschwendung bevormundet sind [5].

§. 799.

c) In Ansehung des Vermögens.

Sobald der Fall einer Bevormundung eintritt, muß, ohne daß die Bestellung des Vormundes abgewartet wird, der Richter von Amts wegen vorläufige Anstalt zur Sicherung und Ermittelung des Vermögens des Pfleglings treffen, namentlich die Verlassenschaft, wozu der Pflegling Erbe oder Miterbe ist, versiegeln, wenn kein Ausnahmefall vorhanden ist [6]. Der Vormund hat zunächst für die Aufnahme eines Inventariums zu sorgen [7] und sodann die Auseinandersetzung mit den Miterben oder sonstigen Theilhabern zu betreiben, wenn nicht die Fortsetzung der Gemeinschaft Seitens der Wittwe des Erblassers verlangt werden kann,

---

von Rechts wegen Vormund ist. Der bekannte Satz; (tutor) personae, non rei vel causae datur [L. 14 D. de testam. tut. (XXVI, 2)] bezieht sich nicht auf die leibliche Person des Pflegebefohlenen, sondern auf die wegen Handlungsunfähigkeit mangelhafte juristische Persönlichkeit, welche, bei der Unzulässigkeit der freien Stellvertretung im alten Rechte, durch die Auctoritas des Vormundes ergänzt oder hergestellt wird.

3) II, 18, §§. 319 flg., 328.

4) §. 327 a. a. O. Auf diese s. g. Erziehungsberichte wird ein großes Gewicht gelegt; sie fruchten gar nichts.

5) §§. 240—243, 349, 350 a. a. O. Gegen dergleichen Großjährige fehlen dazu die geeigneten Mittel.

6) §§. 351—375 a. a. O.

7) §§. 376—408 a. a. O. Auch dafür sorgt in der Praxis das Vormundschaftsgericht unmittelbar. Anders freilich nach L. 7 D. de administrat. tut. L. 24 C. eod. Vergl. L. 1, §. 26 D. de ventre (XXXVII, 9). Nov. 94.

was der Fall ist, wenn die Eheleute in Gütergemeinschaft gelebt haben, oder wenn der Erblasser die Fortsetzung der Gemeinschaft unter den Erben angeordnet hat[8]). Die Auseinandersetzung kann das Vormundschaftsgericht bewirken, wenn sie in Güte zu Stande kommt; diese hat jedoch nur die Natur einer außergerichtlichen Theilung[9]), auch gehört die Erbeslegitimation jedenfalls vor den ordentlichen Erbschaftsrichter. Das Privatinventarium, welches bei der Theilung zum Grunde gelegt wird, muß von dem Besitzer des Nachlasses, auf Verlangen des Vormundes, beschworen werden; bei Verwandten in gerader Linie und bei Seitenverwandten, die für den Pflegling Respektspersonen sind, steht es jedoch in dem Gutdünken des Vormundschaftsgerichts, die eidliche Bestärkung bis zu einer andern Zeit auszusetzen; eine Wittwe aber soll, wenn sie wieder heirathen will, den Eid noch vor der Heirath leisten[10]). Ist indeß in dem Erbvergleiche der Manifestationseid ausdrücklich erlassen, so kann derselbe von einer solchen Wittwe bei der Wiederverheirathung eben so wenig als überhaupt von dem zur Bestärkung verpflichtet gewesenen Erbschaftsbesitzer, ohne besondere Verdachtsgründe, welche eine Verheimlichung vermuthen lassen, gefordert werden, weil kein Theil willkührlich von dem Vergleiche wieder abgehen darf[11]). Das ausgemittelte Vermögen des Pfleglings muß gehörig sichergestellt und ordentlich verwaltet werden; die baaren Gelder und Schuldinstrumente werden zu diesem Zwecke in das Depositorium des Vormundschaftsgerichts genommen, und dem Vormunde wird nur soviel in Händen gelassen, als zur Ernährung und Erziehung des Pfleglings und zur Fortsetzung der Verwaltung nöthig ist[12]). Die Verwaltung selbst

---

8) §§. 406—418 a. a. O. Ueber die Veräußerungsbefugniß des Wittwers nach Lüb. R. hinsichtlich eines während der fortgesetzten Gemeinschaft auf seinen eigenen Namen erworbenen Grundstücks s. m. das Präj. 1910, vom 24. August 1847.

9) §§. 419, 420 das. — S. o. §§. 669, 670.

10) §§. 389—392 dies. Tit. Wird nicht streng ausgeführt.

11) In der Praxis kommt es bisweilen vor, daß in dem Erbvergleiche der Manifestationseid nicht ausgesetzt, sondern ganz erlassen wird, und daß alsdann gleichwohl der Wittwe, wenn sie wieder heirathen will, noch der Manifestationseid, auf Grund des §. 392, abgefordert wird. Das ist ein Vertragsbruch.

12) §§. 421—433 a. a. O. — Anh. §. 157. — Vergl. wegen der Deposition L. 24 C. de administrat. (V, 35); L. 6 pr. C. Theod. (III. 30); Nov. 72, c. 6.

muß nach der Art eines guten Hausvaters geführt werden[13]. Die Vormundschaftsordnung giebt dazu sehr umständliche Anweisungen[14], wovon die hauptsächlichsten Rechtsbestimmungen diejenigen sind, welche sich auf die Veräußerung liegender Gründe beziehen. Dabei ist das Miteigenthum von dem Alleineigenthum des Pflegebefohlenen zu unterscheiden. I. In Ansehung des Miteigenthums wird im Allgemeinen nach den Grundsätzen der Theilung verfahren, wenn ein Theilhaber auf Auseinandersetzung anträgt. Dazu befugt ist jeder volljährige Miteigenthümer ganz nach der allgemeinen Regel von der Gemeinschaft[15]; der Vormund hingegen kann nur aus einer solchen Ursache, aus welcher die Veräußerung des Alleineigenthums zulässig sein würde, mit obervormundschaftlicher Genehmigung auf Theilung antragen[16]. Zur Ausführung der Theilung muß das Grundstück in der Regel subhastirt werden, was auch in der Form der freiwilligen Subhastation geschehen kann, nur muß das Vormundschaftsgericht sowohl die Modalitäten des Verfahrens als auch das Gebot genehmigen[17]. Die Tax- und Subhastation fällt weg: 1. wenn der Erblasser vorgeschrieben hat, daß das Grundstück einer gewissen Person für einen bestimmten Preis überlassen werden soll, und wenn dabei kein Grund zu der Besorgniß ist, daß unter der Verordnung eine Verkürzung des Pfleglings im Pflichttheil verborgen sein möchte[18]; 2. wenn der Erblasser den Verkauf befohlen, doch die Subhastation, ohne Preisbestimmung, verboten hat, und die Taxe aus freier Hand zu erhalten ist[19]; 3. wenn bei der Theilung der Pflegling selbst übernehmen soll und unter

---

13) §. 438 a. a. O. Der Vormund hat dazu wenig oder keine Gelegenheit, weil man ihm keine Verwaltung anzuvertrauen pflegt.

14) §§. 439 und flg.

15) §. 566 das. — Anh. §. 162.

16) §§. 418, 567 a. a. O. Namentlich ist die Theilung eines mehreren minderjährigen Geschwistern gemeinschaftlich gehörigen Grundstücks unzulässig, so lange nicht Eins derselben selbstständig geworden und deshalb abgeschichtet werden muß.

17) §. 568 das. — A. G. O. I, 52, §. 74. — Reskr. v. 3. Dez. 1840 (J. M. Bl. 1841, S. 8).

18) §§. 569—571 dies. Tit. Das Vormundschaftsgericht muß sich deshalb über den Werth informiren.

19) §§. 572, 573 a. a. O. — Wenn also ein zweifelhafter Taxpreis nicht völlig zu erzielen ist, soll das Verbot des Erblassers nicht geachtet werden.

den übrigen Miteigenthümern keine Pflegebefohlenen sind[20]); 4. wenn ein Miteigenthümer das Grundstück für die Taxe annehmen will, und dabei dem Pflegebefohlenen Vortheile bietet, die von einem Fremden nicht zu erwarten sind; oder wenn er zwar weniger als die Taxe bietet, aber dem Pfleglinge Vortheile anträgt, die den Unterschied zwischen Gebot und Taxe überwiegen[21]); 5. wenn mehrere volljährige Miteigenthümer sich vereinigen, daß das Grundstück Einem unter ihnen, oder einem Dritten, aus freier Hand überlassen werden soll, und das Gebot die Taxe erreicht, auch keine Umstände die Besorgniß einer Benachtheiligung des Pfleglings begründen[22]); 6. wenn der hinterbliebene Ehegatte das Grundstück für eine von den Miterben (§. 760) zu setzende Taxe annehmen will, oder wenn Derselbe der Vater des Pfleglings ist und das bereits von ihm eingebrachte, auf ihn eingetragene Grundstück für den Erwerbspreis behalten, den aus einem künftigen Verkaufe erzielten Gewinn aber nachträglich mit ihm theilen will[23]); 7. wenn das Vormundschafts-Kollegium außer diesen Fällen von der Subhastation dispensirt[24]). II. Die im Alleineigenthum eines Pflegebefohlenen befindlichen unbeweglichen Güter können aus Nothwendigkeit und auch des bloßen Nutzens wegen verkauft, vertauscht oder sonst veräußert werden. 1. Die Nothwendigkeit wird angenommen: a) wenn Gläubiger auf Befriedigung dringen und dazu keine andern Mittel vorhanden sind; b) wenn die Güter in einen so großen Verfall gerathen sind, daß zu ihrer Wiederherstellung das übrige Vermögen nicht hinreicht und das Grundstück bis über zwei Drittel des Werths verschuldet werden müßte;

---

20) §§. 574, 575 das. — Anh. §. 164.

21) §§. 576, 577 a. a. O. — Dazu gehört z. B. die Erziehung des Unmündigen. Der überlebende Ehegatte, welcher in Gütergemeinschaft gelebt hat, ist jedoch kein Miterbe im Sinne des §. 576; einem solchen kann das Grundstück nur nach II, 1, §. 645 überlassen werden. Pr. 1532, vom 27. Februar 1845.

22) §§. 578—582 das. — Zwei großjährige Miteigenthümer genügen schon, auch alsdann, wenn Einer von ihnen selbst das Grundstück annehmen soll. Diese Bestimmung ist nur eine Instruktion für den Vormund und giebt den Majorennen kein Zwangsrecht. Pr. 1760, v. 28. Mai 1846. — War die Taxe nicht gerichtlich aufgenommen, so kann deshalb die Ungültigkeit der Ueberlassung gegen den Uebernehmer nicht behauptet werden. Pr. 1911, v. 16. Sept. 1847.

23) II, 1, §§. 648, 571. — Anh. §. 79. Vergl. §. 760. Daraus können wegen der spätern Verbesserungen Streitigkeiten entstehen.

24) II, 18, §. 586. — K. O. v. 10. Nov. 1830 (G. S. S. 144); und v. 7. Febr. 1835 (G. S. S. 17). S. u. die Note 27.

c) überhaupt, wenn erhellet, daß durch fernere Beibehaltung des Grundstücks das Vermögen beträchtlich vermindert werden würde[25]. 2. Die formellen Erfordernisse einer nothwendigen Veräußerung sind: a) vorausgegangene Untersuchung und Genehmigung (Dekret) des Vormundschaftsgerichts[26]; b) freiwillige Tax- und Subhastation; doch kann das Vormundschaftsgericht, aus besondern Gründen, auch die subhastationsfreie Veräußerung durch Kollegialbeschluß verordnen[27]. 3. Ein erheblicher Nutzen, wegen dessen die Veräußerung statthaft ist, wird angenommen, wenn das Gebot die Taxe um ein Viertel übersteigt, und nicht geringer ist als der etwa von dem Erblasser selbst bestimmte Preis, oder wenn der Erblasser selbst die Veräußerung nicht bloß erlaubt, sondern angeordnet hat[28]. Verboten ist jedoch die Zerstückung ganzer Landgüter des bloßen Nutzens wegen[29]. Die zur Gültigkeit einer Veräußerung aus dieser Ursache nothwendigen Erfordernisse sind: a) das Dekret des Vormundschaftsgerichts; b) die Genehmigung der diesem Gerichte vorgesetzten Instanz; c) die Genehmigung des über 18 Jahre alten Pflegebefohlenen; d) bei Rittergütern und solchen andern liegenden Gründen, welche nicht bloße Häuser, unadelige Landgüter, Gärten, Weinberge, Bergantheile und einzelne Grundstücke sind, auch noch die gutachtliche Aeußerung der zwei nächsten Verwandten des Pfleglings und die Genehmigung des Justizministers[30]; e) gerichtliche Tax- und Subhastation, wenn nicht davon, wie bei nothwendigen Veräußerungen, besonders dispensirt worden[31]. 4. Veräußerungen mit Vernachlässigung der freiwilligen Subhastation, ohne Dispensa-

---

25) II, 18, §§. 550–553. — Anh. §. 161.

26) §. 550 das. — L. 5, §§. 9—11, L. 11, L. 7, §. 4 D. de rebus eorum (XXVII, 9); L. 6, 12, 18 C. de praediis (V, 71). Die Bestimmung paßt nicht wohl zu den Grundsätzen des A. L. R., da das Vormundschaftsgericht selbst Alles besorgt und für sich selbst keine Genehmigung auszusprechen braucht. In der Praxis ist es auch so, daß man oftmals in den Akten nicht sieht, daß die Veräußerung vorher geprüft und genehmigt worden ist.

27) II, 18, §§. 586, 587. — K. O. v. 10. Nov. 1830 (G. S. S. 144). V. v. 2. Jan. 1849, §. 14 (G. S. S. 5). S. u. Note 32.

28) §§. 563–565, 583 a. a. O. Unter Umständen kann von der Forderung eines Viertels über die Taxe auch abgestanden werden. K. O. v. 23. Sept. 1812 (G. S. S. 177); Dekl. v. 7. Febr. 1835 (G. S. S. 17).

29) §. 562 a. a. O. — Anh. dazu §. 163.

30) §§. 555—561 a. a. O. — Anh. §. 161.

31) §§. 550, 586, 587 a. a. O. — K. O. v. 10. Nov. 1830 (G. S. S. 144). Die Subhastation ist nach Form und Wirkung eine freiwillige.

tion, sind nichtig; der Pflegling kann das Grundstück binnen zehn Jahren nach aufgehobener Vormundschaft vindiziren, so lange er die Veräußerung nicht ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Für eine stillschweigende Genehmigung gilt z. E. die Annahme des Kaufgeldes oder die Pachtung der Sache. Die Beerbung des Vormundes durch den Pflegling schließt die Vindikation nicht aus. Ist die Form bei der Veräußerung beobachtet, so wird der Erwerber unwiderruflicher Eigenthümer, wenngleich keine gesetzliche Ursache zur Veräußerung vorhanden war [32]).

§. 800.

3) Verhältniß eines falschen Vormundes (Protutor).

Wer für eine Person, welche bevormundet ist oder bevormundet sein sollte, als Vormund auftritt, ohne es überhaupt wirklich zu sein, oder doch ohne für die Angelegenheiten, in welche er sich gemischt hat, bestellt worden zu sein, übernimmt eben dadurch, in dem Verhältnisse zu dem Pfleglinge, und in Ansehung eben dieser Angelegenheiten, die Pflichten eines wirklichen Vormundes, haftet mithin für ein mäßiges Versehen, und in den Ausnahmefällen (§. 797, III) auch für ein geringes oder nur für ein grobes [1]), hat aber in soweit auch die Rechte des Vormundes, bezüglich auf Schadloshaltung [2]). Er muß dem Vormundschaftsgerichte sogleich Anzeige machen, und haftet von dem Zeitpunkte an, wo er dieselbe hätte machen

32) §§. 587—596 a. a. O. — Instruktion v. 20. Mai 1839, §. 1 lit. b. (Jahrb. Bd. XLV, S. 510). — Reskr. v. 15. Febr. 1841 (J. M. Bl. S. 102). Das Vindikationsrecht des gewesenen Pflegebefohlenen bezieht sich nur auf solche Veräußerungen, welche die Vormundschaft vollzogen hat, nicht aber auf solche, die der Pflegebefohlene ohne Beitritt des Vormundes und ohne Genehmigung des Vormundschaftsamts vorgenommen hat. Letztere werden vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften von den Verträgen der Pflegebefohlenen beurtheilt. Pr. 1496, v. 18. Oktober 1844.

1) §. 227 a. a. O. — Nach L. 1 pr. §§. 1, 4, 7 D. de eo qui pro tutore (XXVII, 5) steht der Protutor, welcher sich bona fide für den Tutor hält, dem wahren Tutor gleich, haftet mithin für diligentiam, qualem suis rebus adhibere solet; kennt er aber sein Verhältniß, so haftet er wie ein Tutor, der sich zudrängt, für diligentiam in abstracto. L. 4 D. eod.; L. 53, §. 3 D. de furtis (XLVII, 2). Hierin liegt der Unterschied zwischen dem R. und Pr. R. bei dem Protutor.

2) L. 1, §. 8, L. 5 D. de eo qui pro tutore (XXVII, 5). So lange dem Vormunde die Bestallung noch nicht ausgehändigt ist (§. 225 d. T.), handelt er als Protutor.

können, für den Schaden, welcher bei dem angefangenen Geschäfte durch den Mangel der gerichtlichen Aufsicht entsteht, und, wenn er Einer von Denjenigen ist, welche auf Bevormundung anzutragen verpflichtet sind (§. 792, I), haftet er auch für den Nachtheil, welcher dem Pfleglinge aus Mangel der Bevormundung überhaupt entsteht (periculum cessationis)[3]), wobei er schon für ein geringes Versehen einzustehen hat[4]). Inwiefern die Handlung des Protutors für den Pflegling in dem Verhältnisse zu einem Dritten wirksam ist, hängt von der Genehmigung des Gerichts ab.

§. 801.

4. Von der Obervormundschaft.

Das kompetente (§. 790, II) Vormundschaftsamt hat die Vormundschaft dem Rechte nach und ist daher verpflichtet, für die gehörige Verwaltung Sorge zu tragen. Es muß, sobald ihm ein Fall der Bevormundung irgendwie bekannt wird, von Amts wegen, ohne daß Jemand darum bittet, einen Vormund anstellen[5]) und dazu eine tüchtige Person auswählen[6]); den angestellten Vormund mit den erforderlichen Anweisungen versehen und beständig beaufsichtigen[7]), und auch unmittelbar die zur Sicherung des Pfleglings dienenden Anstalten treffen, namentlich die Gelder, Pretiosen und Schuldinstrumente desselben in seine Verwahrung und Verwaltung nehmen[8]). Dabei haftet der Richter, wie im R. R., für ein mäßiges Versehen[9]); seine Erben eben so wie die

3) L. 40, L. 1, §. 1. L. 39, §. 11 D. de adm. (XXVI, 7); L. 37 D. de excusat. (XXVII, 1); L. 4, §§. 3, 7 D. rem pup. (XLVI, 6); Fr. Vat. §. 156.

4) §§. 228—230, 281 a. a. O.

5) §§. 90, 56, 91, 107 a. a. O. Auch bloße Privatwissenschaft verpflichtet zum Einschreiten.

6) §. 129 das. Fehlt es ihm an Bekanntschaft, was in der Regel der Fall ist, so muß er sich Vorschläge machen lassen. Die Auswahl ist in ganz unpassende Hände gelegt; sie setzt persönliche Bekanntschaft voraus, woran es ganz und gar fehlt.

7) §. 237 a. a. O. Die Hauptanweisungen enthält das Tutorium.

8) §§. 353, 354, 421—423 das.

9) §. 301 a. a. O. — L. 4, 6, 7 D. de magistrat. conveniend. (XXVII, 8).

Erben des Vormundes [10]); doch ist die Verbindlichkeit zum Schadensersatz nur subsidiarisch [11]), ausgenommen: a) wenn bei Beurtheilung der Sicherheit gegen rechtliche Grundsätze gefehlt worden, wo der Richter vorzüglich haftet [12]); und b) wenn der Richter ohne Zuziehung des Vormundes oder gar, wider dessen Willen, unmittelbar gehandelt, oder wenn zwar der Vormund, aber doch nur nach ausdrücklicher Anweisung des Richters und nach vorheriger Anzeige seines Widerspruchs, gehandelt hat [13]). In diesen Bestimmungen geht das A. L. R. von dem R. R. ab, stimmt mit dem G. R. überein, ist aber in sich selbst nicht folgenrecht. Das R. R. giebt nämlich dem Pfleglinge eine s. g. actio subsidiaria gegen die Obrigkeit, aber nur gegen die Munizipalobrigkeiten für die beiden Fälle, wo dieselben keinen Vormund bestellt, oder wo sie dem bestellten Vormunde keine Satisdation abgefordert haben [14]); gegen höhere Magistrate fand gar kein Anspruch statt [15]). Die Natur der Klage ist die der Tutelklage [16]). Die ganze Einrichtung mit den Munizipal-Obrigkeiten hat in Deutschland nie bestanden, mithin mußte die Anwendung der darauf sich beziehenden Bestimmungen wegfallen. Neuere Juristen haben jedoch den Regreß auf alle Arten unserer Obrigkeiten und deren Aufsicht ausgedehnt, welche Ausdehnung in die Reichsgesetzgebung übergegangen [17]) und von da in das A. L. R. aufgenommen worden ist. Allein nach der Stellung und Berechtigung, welche darnach Vormund und Gericht erhalten haben, müßte die Klage, welche der Pflegling gegen das Vormundschaftsamt haben soll, nicht jene analoge Klage (actio tutelae utilis), sondern die wahre actio tutelae directa sein, während der Vormund nur mit der Auftragsklage haftete.

---

10) §§. 304, 293, 294 a. a. O. — S. o. §. 797, III, 2, c. — L. 2 C. eod. (V, 75).

11) §§. 302, 303 dies. Tit. Wie die aller Beamten nach der Regel.

12) §§. 475, 476 a. a. O.

13) §§. 299, 300 das. Die unmittelbaren Handlungen des Richters, mit Uebergehung des Vormundes, sollten nichtig sein.

14) L. 1, §§. 6, 7, 11 D. eod. — L. 1, 3, 4 C. eod.

15) L. 1, §. 1 D. eod. — Pr. §. 1 J. de satisdat. (I, 24). — Gajus I, §. 200.

16) L. 9 D. de magistrat. conveniend., L. 1, 5 C. eod. — Man ist jedoch darüber nicht einig, wegen Theophil., welcher sie ad §. 2 J. de satisdat. eine actio in factum nennt.

17) R. P. O. v. 1548, Tit. 31, §§. 2, 3; v. 1577, Tit. 32, §§. 2, 3.

III. Beendigung der Vormundschaft.

A. Beendigung selbst.

§. 802.

1. Regelmäßige Erlöschungsgründe.

I. Die Altersvormundschaft hört auf mit Erlangung der Volljährigkeit, d. i. im ganzen Lande, wo das A. L. R. gilt, mit Zurücklegung des vier und zwanzigsten Lebensjahres[1]). Dieser Termin kann verlängert und verkürzt werden. A. Eine Verlängerung, die im R. R. nicht vorkommt, kann der Vater auf sechs Jahre anordnen; eine dergleichen Anordnung eines andern Erblassers muß der Richter ebenfalls befolgen, wenn er befindet, daß der Pflegling für einen Verschwender oder für gemüthskrank erklärt werden müßte; doch wird dem Pfleglinge gegen beiderlei Anordnungen, nach zurückgelegtem 24sten Jahre, rechtliches Gehör bewilligt[2]). B. Die Verkürzung geschieht durch Volljährigkeitserklärung (venia aetatis). Das A. L. R. kennt eine zwiefache: eine vollständige und eine unvollständige. 1. Die vollständige hat folgende Bedingungen: a) der Minderjährige muß, wenn er weiblichen Geschlechts ist, 18 Jahre, und wenn er männlichen Geschlechts ist, 20 Jahre alt sein[3]); b) er muß sich an das Vormundschaftsgericht wenden, Umstände angeben, woraus zu entnehmen, daß er sich selbst vorzustehen vollkommen fähig sei, und daß die Aufhebung der Vormundschaft seinen wahren und dauernden Vortheil mehr als deren Fortsetzung befördern werde[4]); c) das Vormundschaftsgericht hat die angegebenen Umstände, mit Zuziehung des bisherigen Vormundes, der anwesenden nächsten Verwandten des Minderjährigen, und derjenigen Personen, welche

---

1) II, 18, §§. 696, 712; I, 1, §. 26. — S. o. §. 45, Bd. I, S. 151.

2) II, 18, §§. 698—704. Dazu bedarf es keines Kurators.

3) §. 719 das. Die Hinweisungen auf die Provinzialrechte hierbei in den §§. 720—723 fallen weg. S. o. §. 45. — Dieses Alter von 18 und 20 Jahren ist aus dem Justin. R. beibehalten. L. 2 pr. §. 1 C. quando tutores (V, 60); L. un. §. 3 C. Theod. eod.

4) §§. 712, 713 a. a. O. Vergl. L. 2 pr. §. 1, 2 C. eodem; L. un. pr. §. 1 C. Theod. eod.

Diesen bisher beaufsichtigt haben, zu untersuchen und zu prüfen; die Untersuchung fällt weg, wenn der Vater des Minderjährigen die Abkürzung gewollt hat und nicht der Vormund aus erheblichen Gründen dagegen ist; d) der Vater des Pfleglings muß nicht seinen Willen gegen dessen Majorennitätserklärung geäußert haben[5]. 2. Sind diese Bedingungen erfüllt, so wird der Pflegling von dem Vormundschaftsgericht für großjährig erklärt, sonst ward ein adeliger von dem Pupillen-Kollegium des Obergerichts-Departements, wenn auch das Vormundschaftsgericht ein anderes Gericht ist, ein unadeliger aber von dem ordentlichen Vormundschaftsgericht majorennisirt[6]. 3. Diese Majorennitätserklärung hat, von dem Tage der Insinuation des Patents an[7], mit der wirklich erreichten Volljährigkeit gleiche Wirkung, wenn keine Einschränkung beigefügt ist, welche nur wegen Veräußerung und Verpfändung solcher unbeweglichen Güter, die schon im Eigenthume des gewesenen Pfleglings sind, nicht aber bezüglich auch auf die erst noch zu erwerbenden, stattfinden kann und, wenn sie wirksam sein soll, auf die Güter selbst eingetragen werden muß[8]. 4. Die unvollständige Volljährigkeitserklärung besteht darin, daß jedem Mündel nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre der Ueberschuß seiner Einkünfte zur freien Verfügung überlassen, auch die Verwaltung der Vermögenssubstanz selbst, mit der Beschränkung, daß er keine neuen Darlehne aufnehmen und keine außerordentliche, den gewöhnlichen Etat übersteigende, Holzverkäufe aus den Forsten vornehmen darf, übertragen werden kann[9]; doch muß er, auf Erfordern, dem Vormunde und dem Gerichte über die Verwendung der Einkünfte und über die Führung der Verwaltung Rechenschaft geben. II. Die Verheirathung

---

5) §§. 714—718 a. a. O.

6) §. 720 das. V. v. 2. Januar 1849, §. 9. — K. O. v. 14. Okt. 1807 (N. C. C. Tom. XII, S. 255; Rabe, Bd. XIII, S. 758); K. O. v. 3. April 1808 (N. C. C. Tom. XII, b, S. 329; Rabe, XIII, S. 766); R. v. 26. Juni 1808 (Mathis, Bd. VI, S. 183; Rabe, Bd. IX, S. 221). M. v. 28. Dez. 1821. Nach R. R. ertheilte der Kaiser die venia aetatis bedingt, nach Art der prätor. Klageformeln, und der Beweis der vorausgesetzten Umstände mußte nachträglich bei der Obrigkeit geführt werden. Ein Muster findet sich bei Cassiodor, Var. VII, 41.

7) Pr. 1274, vom 25. Februar 1843. (Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 384). — L. 5 C. de temporibus in integrum restitutionis (II, 53).

8) II, 18, §§. 724—727. Einschränkungen verstehen sich nicht von selbst, sie müssen ausdrücklich beigefügt werden.

9) §§. 728—735 a. a. O.

beendet eine Vormundschaft nicht [10]; nach allgemeinen Grundsätzen müßte aber die Verwaltung des nicht vorbehaltenen Vermögens einer Pflegebefohlenen, welche sich verheirathet, auf ihren Ehemann übergehen, und die Vormundschaft schuldig sein, ihm dasselbe, ohne Unterschied: ob er besondere Sicherheit bestellen könnte oder nicht, auszuliefern, weil die Vormundschaft ja eben nur die Rechte der minderjährigen Ehefrau wahrzunehmen hat, Diese aber nicht befugt ist, die Ueberlieferung ihres Eingebrachten an den Mann davon abhängig zu machen, daß er pupillarmäßige Sicherheit dafür bestelle. Allein nach der positiven Bestimmung des A. L. R. sollen dem Ehemanne die baaren Gelder und ausstehenden Kapitalien seiner noch nicht volljährigen Ehefrau nur gegen Bestellung pupillarmäßiger Sicherheit in die Hände gegeben werden, wiewohl anerkannt wird, daß ihm der Nießbrauch nicht vorenthalten werden könne [11]; auch soll die Vormundschaft bei keiner mit der Substanz des Vermögens vorzunehmenden Veränderung an die bloß als Gutachten zu erfordernde Meinung des Mannes gebunden sein [12]. III. Die wegen Gemüthskrankheit oder wegen Mangels des Gehörs und der Sprache angeordnete Vormundschaft wird nach erfolgter Wiederherstellung, auf Grund angestellter Untersuchung, durch ein Dekret des Vormundschaftsgerichts wieder aufgehoben [13]. IV. Auf dieselbe Weise wird die über einen Verschwender verhängte Vormundschaft wieder aufgehoben, nachdem er seine Besserung nachgewiesen hat [14]. V. Die

---

10) §§. 736, 800, 802 a. a. O. Ist bezüglich auf Frauen regelwidrig. S. o. §. 749 a. E.

11) 736, 737, 750—751 a. a. O. Ausnahme bei Kaufleuten. §. 764 flg.

12) §§. 746—748 a. a. O. Die Bestimmungen über die Verwaltung des eingebrachten Vermögens einer verheiratheten Pflegebefohlenen sind inkonsequent und verletzen die Rechte des Ehemannes.

13) §§. 815—820 a. a. O. — Die Röm. cura furiosi hörte ipso jure auf, und zwar bei intermittirendem Wahnsinne jedesmal bei dem Eintritte eines lucidum intervallum. L. 1 pr. D. de cur. fur. (XXVII, 10); L. 6 C. de cur. fur. (V, 70). Das hatte die Bedeutung, daß Handlungen eines furiosi, welcher unter cura stand, rechtsgültig waren, wenn sie in lichten Zwischenräumen vorgenommen worden waren, und daß nach dem Beweise der Geistesabwesenheit erst alsdann gefragt wurde, wenn es zum Streite über die Gültigkeit der Handlung kam. Nach Pr. R. ist es damit wesentlich anders: die Handlungsfähigkeit fehlt einem solchen Pfleglinge, so lange er unter einer, noch nicht formell wieder aufgehobenen, Vormundschaft steht; deshalb muß die Aufhebung formell ausgesprochen und der Vormund entlassen werden.

14) §§. 856—859 a. a. O. — A. G. O. I, 38, §. 37. Die L. 1 pr. D. de cur. fur., wonach diese Personen ipso jure desinunt esse in potestate

Vormundschaft über das Vermögen eines Abwesenden (dessen Person ist nicht bevormundet) hört von selbst auf, sobald er zurückkommt, oder Nachricht über seinen Aufenthalt eingeht[15]. — Abdikation des Vormundes ist unstatthaft, selbst wenn Gründe zur Exkusation eintreten[16].

2. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

§. 803.

a) Ereignisse in der Person des Vormundes.

Außer den regelmäßigen Beendigungen kann eine Vormundschaft auch durch ungewöhnliche Ereignisse, die sich in der Person des Vormundes oder in der des Pfleglings zutragen, ein Ende nehmen. Durch Ereignisse in der Person des Vormundes wird die Vormundschaft selbst, nach Pr. R., nicht aufgehoben, denn diese wird wesentlich durch das Vormundschaftsgericht geführt und folglich bei dem Wegfalle des Vormundes fortgesetzt. Aber ein Personenwechsel in dem Amte des Vormundes wird durch folgende Ereignisse verursacht: 1. Durch den Tod des Vormundes. Dessen Erben haben, wenn sie sämmtlich volljährig sind, binnen Sechs Wochen und, wenn Minderjährige unter ihnen sind oder ein Verlassenschaftskurator angestellt ist, binnen Drei Monaten nach Ablaufe der Ueberlegungsfrist, Rechnung zu legen; den Todesfall selbst aber, bei eigener Vertretung, sogleich dem Gerichte anzuzeigen und Alles, was aus dem Vermögen des Pfleglings vorgefunden wird, nach der Anweisung des Gerichts, noch vor der Rechnungslegung auszuliefern[1]; in die Geschäfte, selbst in die angefangenen, dürfen sie sich nicht mischen[2]. 2. Verlust der

---

curatorum, bezieht sich auch auf prodigi. Vergl. Paul. sent. rec. III, 4a §. 12. Die Meinungen sind jedoch darüber verschieden: ob hier ein Beendigungsakt vorkam oder nicht. Wir kennen den formellen Theil der Röm. Rechtseinrichtungen nicht hinlänglich. Schwerlich fehlte es an irgend einem äußern Kennzeichen der eingetretenen Besserung eines juristischen Verschwenders.

15) §§. 821, 822 a. a. O. — Ueber die endliche Todeserklärung s. o. §. 43, Bd. I, S. 150. Vergl. §. 691, I, 4, und §. 865, Note 18.

16) §. 941 d. T. — Anders nach §. 6 J. quibus mod. tut. (I, 22).

1) §§. 900—917 a. a. O.

2) Anders nach R. R., L. 60 D. de adm. tut. (XXVI, 7); L. 40 D. pro socio (XVII, 2), verb. mit L. 1 pr. D. de fidejuss. (XXVII, 7); L. 27 D. de appellat. (XLIX, 1); L. 1, §. 1 D. si pendente appell. (XLIX, 13). Nach Pr. R. ist dazu kein Bedürfniß, weil der Vormundschaftsrichter selbst handelt oder auch einen Interimskurator bestellt. §. 905 d. T.

Fähigkeit, seinen eigenen Sachen vorzustehen, und Ablegung eines Ordensgelübdes [3]). 3. Durch Entlassung. Diese findet statt: a) wegen Ablaufs der Zeit, auf welche die Anstellung geschehen ist [4]); b) wenn das Vormundschaftsgericht die Entlassung dem Besten des Pflegebefohlenen zuträglich findet; doch kann der Vormund widersprechen und rechtliches Gehör und Erkenntniß verlangen [5]); c) wenn der Vormund ein Amt erhält, welches von Anfang die Genehmigung der Dienstbehörde zur Uebernahme der Vormundschaft nothwendig gemacht haben würde, und wenn die Dienstbehörde die Erlaubniß zur Beibehaltung der Vormundschaft verweigert [6]); d) wenn der Vormund sonst in Umstände kommt, wo er seinem Amte nicht mehr gehörig vorstehen kann [7]); e) wenn die zur Vormünderin bestellte Mutter sich wieder verheirathet und davon vor der Vollziehung der Ehe keine Anzeige gemacht hat [8]). Die Entlassung ist erst mit der Bestellung eines neuen Vormundes vollzogen; bis dahin ist also der bisherige Vormund befugt und schuldig, das Amt fortzusetzen [9]). 4. Durch Absetzung (Remotion), welche wegen Veruntreuung und Unredlichkeit in Führung des Amts, auf geführte Kriminaluntersuchung, durch Urtel des Strafgerichts ausgesprochen wird [10]). Das Amt (jus tutelae) dauert zwar auch in diesem Falle bis zur Anstellung des neuen Vormundes fort [11]), doch hat der Satz im Pr. R. keine praktische Bedeutung: das Vormundschaftsgericht muß während der Unter-

---

3) §§. 130, 134, 946 a. a. O.

4) §§. 125—128 das. Nach R. R. erlischt das Recht eines auf Zeit oder unter einer Bedingung angestellten Vormundes ipso jure. L. 11 pr. D. de test. tut. (XXVI, 2); L. 1, §. 2 D. de legit. tut. (XXVI, 4). Nach Pr. Rechtsgrundsätzen kann nur die Entlassung die Aufhebung bewirken.

5) §§. 918—923, 937 a. a. O. Das Verfahren s. Pr. O. Tit. 39, §. 13 ff.

6) §§. 941—943 a. a. O. Ist inkonsequent.

7) §§. 944—946 das.

8) §§. 947—949 das. — Nach R. R. endete die Vormundschaft der Mutter ipso jure mit dem Augenblick, wo die Mutter zur zweiten Ehe schritt. Nach manchen Partikularrechten wird, wie nach dem A. L. R., die Fortsetzung der Vormundschaft gestattet, theils unter Beiordnung eines Kurators, theils ohne einen solchen. Ludwig, de tut. mat. Diff. III, lit. gg.

9) §§. 950, 951 a. a. O. Auch kann er nicht wider seinen Willen ohne rechtliches Gehör entlassen werden.

10) §§. 924—940 das.

11) §. 950 a. a. O. — Ulpian XI, §. 23; Gajus I, §. 182.

suchung unmittelbar Anstalten treffen und einen Nebenvormund oder Aufseher anstellen[12]).

§. 804.

b) Ereignisse in der Person des Pflegebefohlenen.

Außerordentliche Ereignisse in der Person des Pflegebefohlenen, welche Einfluß auf die Vormundschaft haben, sind: 1. Der Tod des Pfleglings[1]). Daß mit dem Tode die ganze Vormundschaft ein Ende hat, versteht sich freilich von selbst, hat aber nach R. R. den Sinn, einestheils, daß mit dem Augenblicke des Todes der Vormund in ein obligatorisches Verhältniß tritt, was, so lange die Vormundschaft dauert, nicht vorhanden ist, und anderntheils, daß auf die noch nachher vorgefallenen Handlungen des Vormundes nicht die Grundsätze der Tutelklage Anwendung finden, selbst wenn der Vormund des Mündels von dem Tode desselben noch nichts gewußt hätte. Das A. L. R. wiederholt den sich von selbst verstehenden Satz, ohne daß er noch die alte Bedeutung hätte, indem der Vormund, für seine Person, von Anfang in ein obligatorisches Verhältniß tritt. Nur bezüglich auf das Vormundschaftsgericht ist noch die alte Bedeutung zum Theil vorhanden. 2. Die Todeserklärung des Abwesenden, welche, wie der leibliche Tod, die ganze Vormundschaft beendet[2]). 3. Die Adoption. Durch diese hört die Vormundschaft bloß in Ansehung der Person auf, nicht auch hinsichtlich des Vermögens; es entsteht dasselbe Verhältniß wie bei einem Kinde in väterlicher Gewalt, wenn dem Vater die Verwaltung und der Nießbrauch des Vermögens seines Kindes entzogen ist[3]). 4. Der Eintritt in ein Amt. Dadurch wird ein Minderjähriger für alle Amtshandlungen vollkommen fähig und selbstständig, hinsichtlich seiner eigenen Angelegenheiten aber bleibt

---

12) §. 932 d. Tit. — Vergl. L. 7, 6 C. de susp. tut. (III, 43).

1) §. 860 a. a. O. — §. 3 J. quib. mod. tut. (I, 22); L. 4 pr. D. de tutelae et rat. distrah. act. (XXVII, 3).

2) §. 834 a. a. O. — S. o. §. 43, Bd. I, S. 150.

3) II, 2, §. 681; II, 1, §. 47. — II, 2, §§. 694, 696, 699, 700; II, 18 §. 814. — S. o. §. 771, Nr. III. — Anders nach L. 14 pr. D. de tuteli (XXVI, 1), wegen der in der Arrogation liegenden capitis diminutio.

er nach wie vor unter Vormundschaft[4]). 5. Die Verheirathung einer Pflegebefohlenen an einen volljährigen Mann sollte folgerecht die Altersvormundschaft aufheben (§. 749, III, 6); die Vormundschaft dauert jedoch fort und beschränkt selbst den Mann in seinen ehemännlichen Rechten über das Vermögen der Frau (§. 802, II).

B. Folgen der Beendigung.

§. 805.

1. Forderungen des gewesenen Pfleglings.

I. Das Offizium des Röm. Tutors verwandelte sich mit der Beendigung der Tutel in eine obligatio quasi ex contractu[1]), vermöge welcher der gewesene Pflegling, oder dessen Erbe[2]), von dem gewesenen Vormunde, oder dessen Erben[3]), Rechnungslegung und Ausantwortung seines Vermögens fordern konnte. Das gilt nach Pr. R. nur von dem Verhältnisse des Vormundschaftsamtes; denn der Vormund muß alle Jahre dem Gerichte Rechnung legen, wozu er durch Ordnungsstrafen angehalten wird[4]), er kann auch von einem Nebenvormunde oder einem dazu besonders bestellten Kurator, also noch während der Dauer seines Vormundschaftsamts, aus seiner Geschäftsführung mit der Tutelklage belangt werden[5]), eine Abweichung von dem R. R.[6]), welche ihren Grund in der ganz veränderten Stellung des Vormundes hat. II. Nach geendigter Vormundschaft ist dem gewesenen Pflegebefohlenen Folgendes zu leisten: 1. Ein unter Altersvormundschaft gestandener Volljähriger und ein gewesener Verschwender soll bei seiner Entlassung ein schriftliches Zeugniß darüber von dem Vormundschafts-

---

4) II, 18, §§. 810, 811 a. a. O. In Folge dessen ist schon die Anomalie eingetreten, daß ein minderjähriger Einzelrichter als Vormundschaftsrichter handelte, während er für sich unter einem Vormunde stand.

1) L. 4 pr. D. de tutelae (XXVII, 3); L. 5, §. 1 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

2) L. 1, §. 17 D. de tutelae actione (XXVII, 3).

3) L. 1, §. 16 D. eod. — L. 17 C. de negot. gest. (II, 19).

4) II, 18, §§. 647—668, 677, 678. Jährliche Rechnungsablage ist schon alte deutsche Sitte. Sachs. Sp. Bd. I, Art. 23. — Culm. R. IV, 14, 4.

5) §§. 669—671 a. a. O. — A. G. O. I, 39, §§. 26, 27.

6) L. 1, §. 24, L. 4 pr., L. 9 pr. §. 4 D. de tutelae (XXVII, 3); L. 12 pr., L. 19, 32 i. f. D. de administrat. (XXVI, 7).

gerichte erhalten [7]). 2. Ein gewesener Pflegebefohlener, weiblichen Geschlechts, welcher sich während der Vormundschaft an einem Orte, wo provinzielle oder statutarische Gütergemeinschaft unter den Eheleuten gilt, verheirathet hat, muß, wenn die Gemeinschaft bei der Verheirathung stillschweigend ausgesetzt geblieben ist (§. 757, I), gleich nach geendigter Vormundschaft von dem Gerichte vernommen werden: ob die Gütergemeinschaft eintreten solle, wobei er über die Folgen der eingegangenen Gemeinschaft und über die Nothwendigkeit einer öffentlichen Bekanntmachung der Ausschließung, im Beistande des bisherigen Vormundes oder eines andern Beistandes, bedeutet werden soll. Erklärt er sich darauf nicht binnen Drei Monaten, so tritt die Gütergemeinschaft mit rückwirkender Kraft bis zu Anfang der Ehe ein. Gleiches gilt, wenn das Gericht und der Vormund unterlassen haben, der gewesenen Pflegebefohlenen die Erklärung abzufordern und die Pflegebefohlene auch nicht von selbst, binnen Drei Monaten nach erreichter Volljährigkeit, auf die Ausschließung angetragen hat; aber der Vormund und das Gericht sollen in diesem Falle für den, dem gewesenen Pfleglinge daraus in der Folge entstehenden, Schaden aufkommen [8]). Die vorgeschriebenen Fristen beziehen sich jedoch lediglich auf das Verhältniß der gewesenen Pflegebefohlenen zu dritten Personen; in dem Verhältnisse zum Ehemanne kann die gewesene Pflegebefohlene, welche sich erst später auf rechtsgültige Weise für die Ausschließung der Gemeinschaft erklärt hat, diese Erklärung bloß aus dem Grunde, daß zur Zeit der Abgabe derselben der dreimonatliche Zeitraum bereits verstrichen gewesen, nicht widerrufen [8a]). 3. Binnen Zwei Monaten nach geendigter Vor-

---

7) II, 18, §§. 705, 710, 788, 859. Ist in der Praxis nicht üblich.

8) §§. 780—795 a. a. O. — Die dreimonatliche Erklärungsfrist wird in beiden Fällen von dem Anfange der Volljährigkeit gerechnet. R. vom 14. Mai 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 345; Rabe, Bd. VIII, S. 592). — R. vom 23. Juli 1814 (Jahrb. Bd. III, S. 275). — Die Vernehmung und Erklärung muß auch da innerhalb dieser 3 Monate erfolgen, wo der Eintritt der Gütergemeinschaft durch die Geburt eines Kindes bedingt und diese Bedingung zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft noch nicht eingetreten ist. Diese Bemerkung ist veranlaßt durch einen vorgekommenen Fall, wo der Richter die Vernehmung unterlassen hatte in der Meinung, daß die Erklärung über die Ausschließung bis zur Geburt des Kindes unnöthig sei.

8a) Pr. des Otr. 631, von 1839. Denn im Verhältnisse der Eheleute unter sich kann die Gütergemeinschaft zu allen Zeiten ausgeschlossen werden.

mundschaft muß der Vormund Schlußrechnung legen[9]). Dem Vormunde kann die Rechnungslegung sowohl durch Testament des Erblassers des Pflegebefohlenen, als durch Testament des Letztern selbst, erlassen werden. Der Erlaß durch Testament des Pfleglings kann sich selbstredend nur auf dessen Erben beziehen. Bei dem Erlasse durch Testament des Erblassers des Mündels ist zu unterscheiden. Ist die Rechnungslegung nur in allgemeinen Ausdrücken erlassen: so wird die Befreiung nur von der Rechnung, welche jährlich dem Gerichte gelegt werden muß, verstanden; ist aber der Vormund von der Rechnungslegung ausdrücklich gegen den Pflegling, beziehlich dessen Erben, befreiet, so ist ein solcher Vormund (tutor aneclogistus) nur schuldig, eine allgemeine Nachweisung der Vermögensstücke, welche am Anfange der Vormundschaft vorhanden waren, und eine Nachweisung der jetzigen Beschaffenheit derselben, zu geben[10]). Eine Befreiung jeder Art hat die Natur eines Vermächtnisses und ist daher nur in der für Legate vorgeschriebenen Form gültig[11]). Kein Erlaß aber hat die Wirkung, daß Ansprüche wegen Verkürzungen aus Vorsatz oder grobem Versehen ausgeschlossen würden[12]); vielmehr kann der gewesene Pflegebefohlene oder dessen Erbe, wenn er auch nur bei einem einzelnen Geschäfte eine ihm vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit zugefügte Verkürzung einigermaßen bescheinigt, über dieses Geschäft nähere Rechenschaft, und, wenn der Vormund auch nur bei einem einzelnen Geschäfte einer Unredlichkeit überführt wird, über die ganze Verwaltung vollständige Rechnungslegung fordern, und der gewesene Vormund muß, wenn er eine solche Rechnung nicht legen kann oder will, von der übernommenen Substanz Sechs Prozent Zinsen ohne irgend welchen Abzug entrichten, und die nicht auszumittelnde Substanz nach dem Schätzungseide des Rechnungsnehmers herausgeben[13]). Mit der

---

9) §§. 861—863 a. a. O. — L. 58 pr. D. de administrat. (XXVI, 7). In der Wirklichkeit ist gewöhnlich das Vormundschaftsgericht der Rechnungsleger.

10) §§. 870—874 a. a. O.

11) §. 874 a. a. O. — Vergl. L. 5, §. 7 D. de administrat. (XXVI, 7); L. 23, §. 2 D. de peculio legato (XXXIII, 8).

12) §§. 873, 876 a. a. O. Ebenso nach L. 119 D. de leg. I; L. 5, §. 7, L. 41 D. de admin. (XXVI, 7); L. 9, 20, §. 1 D. de lib. leg. (XXXIV, 3). Ist eine Anwendung der Regel, daß Dolus nicht im Voraus erlassen werden kann.

13) §§. 876—879 a. a. O.

Schlußrechnung zugleich müssen dem Rechnungsnehmer die dem Vormundschaftsgerichte gelegten Jahresrechnungen und das Inventarium vorgelegt und, auf Verlangen, in Abschrift ausgehändigt werden [14]). Rechtsverletzend für den Rechnungsnehmer ist es, daß ihm nicht erlaubt sein soll, gegen Rechnungen, die schon vor 10 Jahren gelegt, und von dem Gerichte quittirt und abgenommen worden sind, Ausstellungen zu machen und Verkürzungen zu rügen, die nicht durch Vorsatz oder grobes Versehen zugefügt worden sind [15]); denn ihm gegenüber wird erst jetzt über die ganze Verwaltung Rechenschaft gegeben, und das Vormundschaftsgericht muß, als der eigentliche Vormund, Selbst Rede stehen, kann mithin durch fahrlässige Quittirung der Jahresrechnung nichts vergeben, ohne dafür verantwortlich zu sein. 4. Sogleich nach geendigter Vormundschaft, und noch vor Abnahme der Rechnung, muß dem gewesenen Mündel sein gesammtes Vermögen ausgeantwortet werden (restitutio tutelae s. reliquorum), welche Herausgabe der reliqua den andern Theil der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung ausmacht [16]). Außerdem kann auch der Vormund zu Zinsen verpflichtet sein, nämlich: a) wenn er Geld genutzt hat, so muß er 8 Prozent Strafzinsen zahlen [17]); b) wenn er Ueberschüsse ungenutzt bei sich liegen läßt, so muß er landübliche Pupillarzinsen zahlen [18]), welche Zinsen eine eigenthümliche Species von gesetzlichen Zinsen sind; auch soll er für den Ausfall an Zinsen von Geldern, die im Depositorio liegen oder bei der Bank angelegt sind, aufkommen, wenn er Gelegenheit hat, die Gelder,

14) §. 864 a. a. O. — Sowohl das Inventarium als die Jahresrechnungen sind Theile der ganzen Rechnung. Vergl. L. 4, 1, 2 C. de in litem jur. (V, 53); L. 1, §. 3 D. de tutelae (XXVII, 3).

15) §. 866 a. a. O. Man hat aus purem Eifer für die Sicherung des Pfleglings das privatrechtliche Verhältniß zwischen ihm und der Vormundschaftsverwaltung aus dem Auge verloren. Das Vormundschaftsgericht ist in der ihm beigelegten Verwaltung nichts weiter als ein Verwalter von Privatvermögen und hat mithin als Privatverwalter Rechenschaft zu geben. Mit welchem Rechte der betroffenen Privatperson ihr Recht, diese Rechenschaft für die ganze Verwaltungszeit zu fordern, genommen werden kann, ist unfindbar. Die Bestimmung fließt aus der Allmacht und dem Interesse der Büreaukratie.

16) §§. 880, 881 a. a. O. — L. 32, 81, 82 D. de condict. et dem. (XXXV, 1).

17) §§. 486, 546 a. a. O. — L. 7, §. 4; L. 54 D. de administr. (XXVI, 7).

18) §. 547 a. a. O. Vergl. L. 7, §§. 9—11, L. 15 D. eod.; L. 6 C. de usur. pupill. (V, 56). Justinian hat die Pupillarzinsen in der Novelle 72, c. 6 und 7 aufgehoben.

ohne eigenen Schaden, sicher unterzubringen, und davon dem Vormundschaftsgerichte nicht Anzeige macht[19]; c) wenn er mit der Herausgabe der hinter ihm befindlichen Gelder säumt, muß er gewöhnliche Verzugszinsen zahlen, und zwar ohne weitere Mahnung, da die Zahlzeit gesetzlich bestimmt ist[20]. III. Wegen seiner Forderungen hatte der gewesene Pflegling gegen den Vormund die Geschäftsführungsklagen, nämlich die actio rationibus distrahendis, welche poenalis war und auf das Doppelte der unterschlagenen Gegenstände ging[21]; dann die actio tutelae directa auf Rechnungslegung und Herausgabe der reliqua mit Zinsen[22]; ferner dieselbe Klage utiliter adversus cessantes, für die Unterlassungen des Vormundes[23]; und außer diesem die actio ex stipulatu, wenn Satisdation geleistet worden war[24]; gegen die Munizipalobrigkeiten aber die actio subsidiaria (§. 801). Von diesen Rechtsmitteln fällt die actio rationibus distrahendis im Pr. R. ganz weg; die actio ex stipulatu hingegen ist gegen jeden wirklichen Vormund oder Kurator begründet, weil in dem, den Vormündern ehemals auf Grund einer bestimmten Formel, jetzt nur noch nach Vorhaltung der Pflichten formlos, abgenommenen Versprechen die Stipulation rem pupilli salvam fore wesentlich enthalten ist[25]; die actio tutelae directa ist noch jetzt allein diejenige, womit der Protutor belangt werden kann; und die actio subsidiaria geht gegen jeden Vormundschaftsrichter. Hiernach bestimmt sich die Dauer der Klagen im Pr. R. Die Klage gegen den wahren Vormund kann, wie in der Regel jede Klage aus einem Versprechen, erst in 30 Jahren verjähren[26];

---

19) §. 548 a. a. O. Ist bei der bestehenden Depositalverfassung und Verwaltung unpraktisch weil unpassend.

20) §. 881 a. a. O. Der Minderjährige braucht nicht zu interpelliren.

21) L. 1, §§. 19—24, L. 2 D. de administrat. (XXVI, 7); L. 2 pr. D. de tutelae (XXVII, 3).

22) Tit. D. de tutelae — actione (XXVII, 3); Tit. C. arbitrium tutelae (V, 51).

23) Tit. D. de administrat. et periculo tut. (XXVI, 7); Tit. C. si tutor vel curator non gesserit (V, 55). — Fr. Vat. §. 156.

24) Tit. D. de fidejussoribus — tutorum vel curatorum (XXVII, 7); Tit. C. de Fidejussoribus tutor. vel. cur. (V, 57).

25) M. s. den Eid der Vormundschaftsordnung v. 1718, §. 36. Daß man dadurch die Röm. Satisdation (Stipulation) meinte, ergiebt der §. 34.

26) Anderer Meinung ist das Otr. nach einem Urtel (Pr. 356) v. 31. Oktbr. 1837 (Jur. Wochenschr. 1839, S. 1), weil kein Vertragsverhältniß zwischen dem

die Klage gegen einen nicht ausdrücklich verpflichteten, namentlich gegen einen s. g. natürlichen Vormund (Note 26), steht mit der Geschäftsführungsklage (actio negotiorum gestorum) auf gleicher Linie (§. 661), und die subsidiarische Klage gegen das Vormundschaftsgericht erlischt, nach den Grundsätzen des Pr. R., durch eine dreijährige Verjährung[27]), wiewohl die Stellung und der Beruf dieser Gerichte ein ganz anderer als der jener Munizipalobrigkeiten ist, so daß folgerecht die direkte Tutelklage, und nicht bloß die subsidiarische Entschädigungsklage des R. R., gegen das Vormundschaftsamt stattfinden müßte. IV. Ein besonderes Bestärkungsmittel der Forderungen des Pfleglings gegen den Vormund ist der, aus der stillschweigenden Hypothek des R. R. entstandene, Titel zum Pfandrechte, welcher in dem Konkurse des Vormundes und des Protutors das Vorrecht der Vierten (jetzt Dritten) Klasse giebt[28]). Die stillschweigende Beibehaltung des Röm. Satzes, daß dieses Privilegium dem Pupillen in dem Vermögen des Vormundschafts-Richters nicht zustehet[29]), ist folgewidrig (§. 790).

§. 806.

2. Forderungen des Vormundes.

Der Rechnungsnehmer ist verbunden, nach gelegter Schlußrechnung und Vermögensausantwortung den Rechnungsleger und das Vormundschaftsgericht gerichtlich zu quittiren, den Vormund von der Kaution zu entbinden und wegen Dessen, was ihnen aus der Verwaltung noch zukommt (§. 795, V), unverzüglich zu befriedigen[1]). Das Vormundschaftsgericht hat für seine Mühwal-

---

Vormunde und dem Pfleglinge bestehe, sondern lediglich im Gesetze beruhe. Das ist ein thatsächlich unwahrer Grund; die heutige Verpflichtung (Abnahme des Versprechens) des Vormundes hat dieselbe rechtliche Bedeutung wie die Röm. Satisdation (Stipulation) und ist auch aus derselben entstanden. Wahr ist der Grund nur von einem nicht ausdrücklich verpflichteten Vormunde und von dem Protutor, namentlich also z. B. von dem Ehemanne in der Eigenschaft eines natürlichen Vormundes seiner blödsinnigen Frau, und des Vaters als natürlichen Vormundes seiner Kinder.

27) I, 6, §. 54. — Deklarat. vom 31. März 1838.

28) II, 18, §. 295, wo „Fünfte Klasse" ein Druckfehler ist. S. A. G. O. I, 50, §. 421 u. die Anmerkung dazu. — S. o. §. 497, No. VI, u. §. 367.

29) L. 1, §. 14 D. de magistratibus conveniendis (XXVII, 8).

1) II, 18, §. 882, 885 flg., 899.

tung die tarifmäßigen Gebührensätze nach Prozenten, in der Regel erst am Schlusse der Vormundschaft, von dem alsdann vorhandenen, den Betrag von 50 Thlr. übersteigenden, schuldenfreien Vermögen, mit Ausschluß des Bettzeuges, der Kleidungsstücke und der zum persönlichen Gebrauche des Pfleglings angeschafften Geräthschaften, zu fordern; nur bei Vormundschaften über Abwesende und Verschwender werden außerdem die tarifmäßigen Gebühren noch von den jährlichen Revenüen am Schlusse des Jahres angesetzt, doch während der Vormundschaft nur soweit die Einkünfte dazu hinreichen berichtigt, im Uebrigen bis zum Schlusse gestundet [2]). I. Der gewesene Pflegebefohlene hat zur Ertheilung der Quittung Ein Jahr nach Empfang der Rechnung Zeit; darf aber dieselbe nicht deshalb versagen, weil er Ausstellungen habe, vielmehr muß er sich die einzelnen Punkte in der Quittung vorbehalten [3]). In diesem Falle bleibt die bestellte Kaution, soweit sie zur Deckung der vorbehaltenen Ansprüche erforderlich ist, und der Vormund nicht andere Deckung geben will, stehen und das Vorrecht im Konkurse dauert wegen derselben gleichfalls fort; sonst erlischt Beides durch den förmlichen Verzicht ohne Vorbehalt [4]). II. Die Kosten der Rechnungslegung, Quittung und Löschung der Kaution hat der Rechnungsnehmer zu tragen und zu erstatten; die Kosten einer gerichtlichen Abnahme der Rechnung trägt er gleichfalls, wenn er mit Ertheilung der Decharge über Ein Jahr zögert oder er selbst auf gerichtliche Abnahme angetragen hat [5]); kommt es dabei zum Defektatorium, so wird über den Kostenpunkt mit erkannt. III. Wegen dieser Gegenforderungen hat nicht allein der Vormund, sondern, was dem R. R. ganz fremd aber nach den Grundsätzen des A. L. R. folgenrecht ist, auch der Vormundschaftsrichter eine besondere Klage [6]), die wesentlich

---

2) Gesetz betreffend den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten, vom 10. Mai 1851, §. 7 und Tarif, §§. 42 und 43 (G. S. S. 622). Dazu hat Herr Simons, Justizminister, eine Instruktion gegeben, datirt vom 10. September 1851.

3) §§. 893, 894, 886, 887 a. a. O.

4) §§. 888—892 a. a. O. Eingetragene Kautionen müssen auf Grund des Verzichts gelöscht werden.

5) §§. 898, 899, 868, 867 a. a. O.

6) §. 894 das. Das Pr. des Otr. 1611, vom 11. September 1845, sagt hierzu: „Das in diesem Gesetze „dem vormundschaftlichen Gerichte" ertheilte

die Römische actio tutelae contraria ist[7]) und aus der Geschäftsführung (ex re, außer dem Falle eines Kontrakts) entsteht, wodurch sie sich in ihrer rechtlichen Natur von der des gewesenen Pfleglings gegen den wahren Vormund unterscheidet (§. 805, III). Nach den Grundsätzen des Pr. R. kann mit dieser Klage auch das rückständige Honorar des gewesenen Vormundes eingefordert werden (§. 696), was nach R. R. nur mit einer extraordinaria persecutio s. cognitio möglich war[8]). Statt des Retentionsrechts hat der Vormund wegen seiner Gegenforderung das Recht, Kautionsbestellung zu fordern oder Arrest anzulegen (§. 795, Note 22).

Zweiter Abschnitt.

Von Kuratelen.

§. 807.

1. Das Allgemeine.

I. Kuratoren haben in Ansehung der ihnen aufgetragenen Geschäfte und Angelegenheiten im Allgemeinen die Rechte und Pflichten der Vormünder [1]). Sie können nur von dem zuständigen Gerichte, welches in der Regel dasjenige ist, dem die Anstellung eines Vormundes, wenn es dessen bedurft hätte, in der Sache zugestanden haben würde, bestellt werden [2]). Eine Ausnahme findet in Prozessen statt: 1. wenn auswärtige Pflegebefohlene in hiesi-

---

Recht, den gewesenen Pflegebefohlenen zur Ausstellung der Decharge im Wege Rechtens anzuhalten, steht dem vormundschaftlichen Gerichte, als solchem, nicht zu." Das wird heißen sollen: nicht die juristische Person (das Amt), sondern der Beamte für seine Person nur kann klagen. Und das ist richtig. Das Amt (der Staat) wird nicht verbindlich gemacht und hat kein Interesse bei der Decharge. — Nach einer Anzeige im Nachtrage zum gedr. Pr. B. S. 650 enthält das Pr. 1611 einen Druckfehler; das „nicht" soll gestrichen werden und es soll heißen: „als solchem zu, und nicht den einzelnen Mitgliedern." (Entsch. Bd. XI, S. 398.)

7) Tit. D. de contraria tutelae et utili actione (XXVII, 4); Tit. C. de contraria judicio tutelae (V, 58).

8) L. 33, §. 3 D. de administrat. (XXVI, 7). — Recht der Forderungen, §. 284.

1) II, 18, §§. 953, 956; I, 9, §§. 471 ff.

2) §. 954 das. Ein von einem inkompetenten Gerichte bestellter Kurator tritt in ein ähnliches Verhältniß wie der Protutor.

gen Landen einen Prozeß oder ein einzelnes Rechtsgeschäft haben[3]), welcher Fall nicht etwa auf selbstständige, wenn schon ihrem Aufenthalte nach unbekannte Ausländer auszudehnen ist; 2. wenn gegen Jemand auf Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung geklagt wird[4]); 3. wenn inländische Personen, welche einen Prozeß erben, erst noch bevormundet werden müssen, und der Fortgang der Sache nicht bis zur Regulirung der Vormundschaft auf sich beruhen kann[5]); 4. wenn minderjährige Dienstboten, Lehrlinge, Gesellen, Handlungsdiener, Kunstgehülfen, Hand- und Fabrikarbeiter an ihrem Aufenthaltsorte wegen Injurien, Alimenten und Schadensersatz, oder aus ihren Dienst-, Erwerbs- und Vertragsverhältnissen klagen oder verklagt werden und die Väter oder Vormünder nicht an demselben Orte wohnen[6]). In diesen Fällen ist das Prozeßgericht befugt, dem Pflegling einen Special- oder Interims-Kurator zu bestellen. Die Bestellung geschieht, wie bei dem Vormunde, nach vorheriger Verpflichtung mittelst Handschlages, durch eine schriftliche Bestallung (curatorium), worin der Gegenstand der Kuratel ausgedrückt sein muß[7]). II. Sie sind, wie die Vormünder, zur Errichtung eines Inventariums über das ihrer Verwaltung anvertraute Vermögen, zur Kautionsbestellung und zur jährlichen Rechnungslegung verpflichtet, werden von dem Gerichte, welches sie bestellt hat, beaufsichtigt und geleitet, und die Pfleglinge haben wegen ihrer Ansprüche an den Kurator, aus der Verwaltung, dieselben Vorrechte, wie in dem Vermögen eines Vormundes[8]). III. Die Kuratel endet von selbst mit der Beendigung des Geschäfts oder mit der Erledigung der Angelegenheit, wozu sie angeordnet worden, sowie durch Abgang oder Entlassung des Kurators; und das Vorrecht in dem Vermögen des Kurators erlischt mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung

---

3) §. 955 a. a. O. — A. G. O. I, 1, §§. 11, 12. — R. v. 28. August 1820 (Jahrb. Bd. XXIII, S. 55).

4) A. G. O. I, 38, §. 5, und Anh. §§. 283, 284.

5) A. G. O. I, 1, §§. 11, 12. Vergl. I, 20, §. 4 das.

6) K. O. vom 4. Juli 1832 (G. S. S. 175); K. O. vom 5. Dezbr. 1835 (G. S. S. 294).

7) II, 18, §§. 956, 957. Der Bestallung bedarf es nicht, wenn der Kurator nur das eine besondere Geschäft zu verrichten hat und gegen Dritte keinen Ausweis gebraucht.

8) Ebend. §§. 958, 959. Eine Ausnahme machen hinsichtlich des Vorrechts Konkurskuratelen. Pr. O. 50, §. 440.

des Gerichts oder des selbstständig gewordenen Pfleglings, daß die Angelegenheit berichtigt sei; zur längern Erhaltung desselben ist mithin bei der Schlußhandlung ein ausdrücklicher Vorbehalt erforderlich [9]).

§. 808.

2. Einzelne Fälle.

I. Die cura ventris et bonorum [1]). 1. Die cura ventris besteht in der Sorge für eine bereits empfangene aber noch nicht geborene Leibesfrucht einer solchen Frau, welche entweder Wittwe [2]), oder unverheirathet ist [3]), oder deren Ehemann ein widerstreitendes Interesse hat [4]), und wird auf die bloße Anzeige einer vermutheten Schwangerschaft angeordnet [5]). Der Zweck ist nicht allein Sicherung des Erbrechts des Kindes für den Fall seiner Geburt, wie nach R. R. [6]), sondern auch Verschaffung der Erziehungs- und Verpflegungskosten, daher folgerecht diese cura auch auf uneheliche Zeugungen ausgedehnt ist [7]). Die Wahrung dieser Rechte der Leibesfrucht schließt die Sorge für die Erhaltung der Erbschaft, für die Ernährung der Mutter aus dem Nachlasse, und für die Herbeischaffung der Entbindungs- und Wochenkosten aus dem Vermögen des Schwängerers in sich [8]). Diese Kuratel erlischt mit Ablaufe der Zeit, innerhalb welcher die Geburt hätte erfolgen müssen; und mit der Geburt einer todten oder lebendigen Leibesfrucht. In dem letzten Falle gehört noch die Sorge für die Bestellung eines Vormundes zur Obliegenheit des Kurators, wenn

---

9) Ebend. §§. 960, 961, 983.

1) §§. 962—969 a. a. O. — Tit. de ventre (XXXVII, 9).

2) §. 962 a. a. O.; II, 2, §§. 27 flg. — L. 1 pr., L. 1, §. 17 D. h. t.

3) II, 18, §. 968. — II, 1, §§. 1019 ff. Diese Kuratel ist nicht üblich.

4) II, 2, §§. 42–49. — II, 4, §§. 42, 44, 77.

5) II, 18, §§. 10, 11. Das R. R. verlangt Bescheinigung. L. 1, §. 17, L. 7, §. 1 D. eod.

6) L. 1, §. 11, L. 7 pr. §. 2, L. 10 D. eodem.

7) II, 18, §§. 962, 966–968.

8) §§. 962, 967 a. a. O. Hinsichtlich der Entbindungs-, Tauf- und Wochenkosten bei unehelichen Geburten ist das A. L. R. nicht konsequent. Vergl. II, 1, §§. 1016 und 1025 mit II, 18, §. 967 und II, 20, §. 896. Recht der Ford. §. 199, Bd. III, S. 32.

das Kind nicht in die Gewalt seines leiblichen Vaters kommt[9]). 2. Die cura bonorum besteht in der Verwaltung des Nachlasses, auf welchen die Leibesfrucht Rechte hat. Beide Kuratelen müssen nicht nothwendig vereinigt sein; doch ist es gewöhnlich der Fall[10]), und wenn die Leibesfrucht, falls sie lebendig zur Welt käme, alle Andern ausschließen würde, so muß deren Kurator zugleich zum Verlassenschafts-Kurator bestellt werden[11]). Dieser hat zwar nur unter der Aufsicht und Leitung des Gerichts die Verwaltung zu führen; doch müssen zu allen Verfügungen über die Substanz Diejenigen zugezogen werden, welche bei dem Wegfall der Leibesfrucht die nächsten Erben sein würden[12]). II. Die cura pupillorum tritt ein in Fällen, wo der Vormund aus irgend einem Rechtsgrunde nicht wirken kann, indem nach der beibehaltenen Regel: tutorem habenti tutor non datur, ein neuer Vormund nicht bestellt wird[13]). III. Eine Anwendung derselben cura ist die für minorenne Kinder in väterlicher Gewalt, in Fällen, wo deren Bestes mit dem Vortheil des Vaters in Kollision geräth[14]), besonders die Kuratel zum Behufe der Auseinandersetzung mit dem Vater, wozu der Vater wider Willen angehalten werden kann, wenn er sich wieder verheirathet oder in den Fall kommt, wo er besondere Sicherheit für das Vermögen seiner Kinder zu bestellen verpflichtet ist[14a]). 1. Der angestellte Auseinandersetzungskurator hat dafür zu sorgen, daß das Vermögen der Pflegebefohlenen vollständig ausgemittelt, gehörig sicher gestellt und nicht wieder verdunkelt werde. Nach beendigter Auseinandersetzung liegt ihm noch ob: auf die Sicherstellung des Vermögens anzutragen, wenn sich der Fall, daß der Vater dazu verpflichtet wäre, erst nachher ereignet; sowie Anzeige zu machen, wenn die bestellte Sicherheit schlechter wird, oder wenn der Vater seine Befugnisse in der Verwaltung überschreitet. Wegen Unterlassung dieser Anträge und

---

9) §§. 964, 965, 969 a. a. O. — L. 1, §. 27 D. eod.
10) Schon nach L. 1 pr. §. 17 D. eodem.
11) A. L. R. II, 18, §. 963; I, 9, §§. 371—374.
12) I, 9, §. 373. — Vergl. L. 1, §. 26 D. eod.
13) II, 18, §§. 46—48, 148. — §§. 5, 6 J. de curat. (I, 23).
14) §§. 28—38 a. a. O. — Anh. §. 153.
14a) §§. 35, 36 das. — II, 2, §. 179 flg. S. o. §. 775.

Anzeige haftet der Kurator nur für ein grobes Versehen[15]). 2. Ist die Verwaltung dem Vater entzogen, so gilt von der verwaltenden Kuratel Alles was von der Vormundschaftsverwaltung verordnet ist, auch in Hinsicht der Beendigung[16]). 3. Eine solche verwaltende Kuratel wird namentlich angeordnet, wenn den Kindern freies Vermögen zufällt. Den Eintritt des Falles sind dem Vormundschaftsgerichte anzuzeigen verpflichtet: a) der Vater, binnen 2 Monaten nach erhaltener Kenntniß von dem Anfalle, bei Verlust seines Verwaltungsrechts und 5—100 Thlr. fiskalischer Strafe, und bei Haftung für das geringste Versehen; b) die Verwandten, welche für die Bevormundung zu sorgen gesetzlich schuldig sein würden, bei gleicher Vertretung; c) die Gerichte, von welchen ein Testament oder Kodizill, worin ein dergleichen Anfall beschieden ist, publizirt wird[17]). Hat der Vater die Anzeige gemacht, so steht ihm die Verwaltung mit allen Rechten und Pflichten eines Kurators zu, ohne besondere Verpflichtung. Er muß daher ein Privatinventarium errichten und dem Vormundschaftsgerichte übergeben; gehörige Sicherheit bestellen, wenn er das Vermögen in Händen behalten will; und ordentliche Rechnung legen[18]). IV. Die Lehnskuratel[19]). 1. Diese ist im heutigen Rechte ganz bedeutungslos und nur beibehalten, weil sie einmal gebräuchlich und nichts schade[20]). Sie ist ein Ueberrest der deutschen Lehnrechtsgewohnheit, wonach dem Lehnherrn das Lehn, so lange bis der unmündige Vasall wehrhaft geworden war, anfiel, um sich die Lehndienste für die Nutzungen des Lehns selbst zu verschaffen. Der Lehnherr war somit seines unmündigen Vasallen Lehnsvormund[21]). Verlieh der Herr einem Andern das Angefälle, so war Dieser nutznießender Lehnsvormund, d. h. Lehnsträger aus eigenem Rechte, wiewohl im Interesse des Pfleglings[22]). Das Angefälle und der

---

15) §§. 970—975 a. a. O. Einen Rechtsgrund dieser Verschiedenheit im Prinzip giebt es nicht.

16) §§. 976—983 das.

17) §§. 984—988 a. a. O. Man übersendet dem Vormundschaftsgerichte einen Extrakt aus dem Testamente ꝛc.

18) §§. 989—995 das.

19) §§. 997—1002 a. a. O. — Schröter, Abh. über Lehnträger und Lehnvormünder, Leipzig, 1801.

20) Suarez, in der revis. monitor., nach Ges. Revis. Motive zu II, 18, S. 281.

21) Sächs. Lehnr. 26, 2 u. 5.

22) Ebend. 26, 8; Schwäb. Lehnr. 53. — Vet. auct. §. 72.

Nießbrauch des Lehnsvormundes kam mit der Zeit außer Gebrauch, der Lehnsträger aber blieb zur Leistung der Dienste[23]), mit deren Wegfall das Institut seine Bedeutung völlig verloren hat. 2. Die Bestellung des Lehnskurators steht dem Lehnshofe zu (§. 274, Bd. I, S. 501). Der Lehnskurator hat bloß mit der Ausübung der Lehnsrechte, Leistung der Lehnspflichten und mit den Angelegenheiten, welche lediglich die Substanz des Lehns betreffen, zu thun; die Verwaltung gebührt dem ordentlichen Vormunde; und solche Angelegenheiten, welche die Substanz und die Verwaltung zugleich betreffen, haben Beide gemeinschaftlich zu besorgen[24]). V. Die Kuratel für unbekannte oder entfernte Interessenten. Sie ist neu und bezieht sich auf zwei Fälle, nämlich: a) wo man noch nicht weiß, wer es sei, der bei einer Sache oder Angelegenheit ein Interesse habe und wo doch Etwas gethan werden muß: hier wird der Kurator zu dem Zwecke bestellt, die Gerechtsame des unbekannten Interessenten vor der Hand wahrzunehmen und den Pflegling auszuforschen[25]); b) wo der bekannte Interessent für den Augenblick, durch Abwesenheit oder sonst, verhindert ist, seine Rechte zur gehörigen Zeit selbst wahrzunehmen: hier soll der Kurator, außer der Wahrnehmung der Gerechtsame, den Interessenten von dem Vorfalle in Kenntniß setzen[26]). Ein solcher Kurator aber kann ein Rechtsgeschäft nur einstweilen betreiben und nur für die Erhaltung der Sache sorgen, aber nicht die ganze Angelegenheit schließlich erledigen, vielmehr muß, wenn der Interessent nicht zu ermitteln oder zu erreichen ist, eine Abwesenheits-Vormundschaft von dem zuständigen Gerichte angeordnet werden, wodurch die einstweilige Kuratel geendigt wird[27]). VI. Die cura hereditatis jacentis. Findet sich zu einer Verlassenschaft weder ein Erbe noch ein Erbschaftsbesitzer, so daß das Gericht solche in seine Gewahrsam nimmt, und meldet sich hiernächst auch inner-

---

23) Zobel, Anmerkung d. a. E. zum Sachs. Sp., B. II, Art. 58.

24) §§. 998–1002 a. a. O. Ist neu, nachdem das Obereigenthum des Lehnsherrn aufgehoben worden ist (G. v. 2. März 1850), obsolet.

25) §§. 49 und 1003 a. a. O.

26) §§. 50, 1003 a. a. O. In manchen Fällen wird hier nur ein Mandatarius ohne weitere Verpflichtung bestellt, wie z. E. I, 12, §. 224; A. G. O. II, 5, §. 45; V. v. 5. Mai 1838, §. 4, lit. c. (G. S. S. 274).

27) §. 1004 a. a. O. — I, 9, §. 468–470. Anh. §. 10.

halb der längsten Deliberationsfrist[28]) kein Prätendent, der sich legitimirt: so wird dem Nachlasse ein Kurator bestellt, was bei dringlichen Umständen auch schon früher geschehen kann[29]). Diesem liegt ob: die Rechte des unbekannten Erben wegen Antretung der Erbschaft, Errichtung des Inventariums, Verwaltung und Erhaltung des Nachlasses wahrzunehmen, und den eigentlichen Erben auszumitteln[30]). Sind seit der Bestellung des Kurators drei Monate verlaufen, ohne daß der Kurator einen Prätendenten hätte ausmitteln können, und hofft der Richter auch von einer Verlängerung der Frist keinen Erfolg: so müssen der unbekannte Erbe und dessen Erben oder nächste Verwandte, mit Beobachtung der Vorschriften von der Ediktalzitation eines Verschollenen, öffentlich vorgeladen werden, wobei der Kurator die betreibende Partei ist[31]). Meldet sich in dem Termine Niemand, so wird der Nachlaß, als ein herrenloses Gut, dem Fiskus, oder wer sonst etwa nach Provinzialrechte oder Statuten ein Recht auf vakante Erbschaften an dem Orte hat, zuerkannt[32]). Meldet sich bis dahin Jemand, welcher sich als Erbe legitimirt, so endet damit das Verfahren; wird jedoch die Legitimation für gehörig geführt nicht anerkannt, so muß über den bestrittenen Grund weiter verfahren und über das behauptete Verwandtschaftsverhältniß oder den sonstigen Grund des Erbrechts erkannt werden. Wird in dem Urtel (Präjudizium) der Prätendent für den Verwandten des Erblassers, für den er sich ausgiebt, erachtet: so ist nun ein Erbe vorhanden, der sich in gewöhnlicher Weise als alleiniger Erbe weiter zu legi-

---

28) I, 9, §§. 471, 385. Vergl. L. 22, §. 1 C. de jure delib. (VI, 3) — L. 1, §§. 1, 2 D. de curatore bonis dando (XLII, 7).

29) 471 a. a. O. Daß diese cura folgenwidrig sei, ist schon gesagt. S. o. §. 80. Auch der Fall einer bedingten Erbeseinsetzung macht nur eine scheinbare Ausnahme, indem hier der Intestaterbe bis zum Eintritt der Bedingung Fiduziar ist. I, 12, §§. 259, 479. Und der Fall des Erbschaftsstreits (I, 17, §. 159) macht nur eine Sequestration nöthig.

30) §§. 472—476 das. Der Kurator sollte dem unbekannten Erben bestellt werden.

31) §§. 477—480 a. a. O. Anh. §. 11. — A. G. O. I, 51, §. 151.

32) §. 481 das. — II, 16, §§. 16 flg. In Schlesien ist das Recht dazu mit der Gerichtsbarkeit verbunden. Schles. Arch. Bd. II, S. 110 flg. — Auch in Pommern steht es manchen Städten zu. Calow, Abh. in der Jur. Wochenschr. 1840, S. 269 flg. — Schmidt, de successione fisci in bona vacantia, ex jure Romano. Jenae, 1836. — v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia; in Linde's Zeitschrift, Bd. X, S. 89. — Blume, über das Recht des Fiskus an erblosen und confiscirten Gütern; im Rhein. Museum. Bd. IV, S. 212 flg.

timiren, oder seine Miterben anzugeben hat; wird hingegen der Prätendent nicht anerkannt, so ist gleichzeitig, in demselben Urtel, die vakante Erbschaft dem Fiskus, oder wem Dessen Rechte zustehen, zuzusprechen. In jedem Falle endet mit der rechtskräftigen Entscheidung die Kuratel; sie endet ohne ein solches Verfahren auch durch Konkurs-Eröffnung. VII. Die cura bonorum im Konkurse[33]). Diese cura ist im R. R. ganz die vorige, nur auf einen andern Fall angewandt, ebenso wie die cura bonorum absentis auf demselben Grundsatze, nämlich auf dem unverschuldeten Mangel einer gehörigen Vertheidigung des Beklagten, beruhend[34]). Das Pr. R. beruht auf andern Ansichten: bei der Konkurskuratel ist nicht das Beste des Gemeinschuldners sondern das der Gläubiger Gegenstand der Sorge. Der heutige Konkurskurator hat daher Aehnlichkeit mit dem Magister bei der bonorum venditio des alten Rechts und mit dem später üblich gewordenen curator ex S. C. bei der distractio bonorum. Denn der Erstere wurde von den Gläubigern, wie der heutige Konkurskurator, gewählt, um in ihrem Namen und Interesse die Masse zu verkaufen[35]); der Andere wurde auf Antrag der Gläubiger zwar von der Obrigkeit aber doch nur zu dem Zwecke bestellt, das Vermögen im Einzelnen zu verkaufen, die Gläubiger daraus zu befriedigen und den Ueberschuß dem Schuldner auszuliefern[36]). Das ist auch der Beruf des heutigen Konkurskurators. Der curator bonorum, der noch neben dem Magister vorkommen konnte[37]), ist dem heutigen Kontradiktor analog, nur daß dieser mit der Verwaltung nichts zu thun hat und gleichfalls von den Gläubigern gewählt wird, auch beide Funktionen in einer Person vereinigt werden können[38]).

---

33) A. G. O. I, 50, §§. 64 flg. Hierher gehört auch die Kuratel der erbschaftlichen Liquidations-Masse und der Fall des A. L. R. I, 12, §. 359.

34) L. 6, §. 2 D. quibus ex causis in poss. (XLII, 4); L. 22, §. 1 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 3 C. de postlim. revers. (VIII, 51).

35) Gajus III, §. 79. — Cicero pro Quinct. c. 15.

36) L. 5, 9 D. de cur. fur. (XXVII, 10). — L. 45, §. 12 D. de jure fisci (XLIX, 14).

37) L. 6, §. 2, L. 8 D. quibus ex causis in poss. (XLII, 4); L. 1, §. 1 D. de cur. bonis dando (XLII, 7); L. 9, §. 5 i. f. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5). Das war der Fall, wenn aus irgend einem Grunde den Gläubigern der Verkauf noch nicht gestattet werden konnte. L. 23, §. 2 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

38) A. G. O. I, 50, §. 69. — S. o. §. 511, Note 4.

Bis dahin, wo die Gläubiger die Wahl treffen können, wird von dem Gerichte ein Interimskurator bestellt, und sowohl Dieser als der später gewählte Kurator mittelst Handschlages verpflichtet[39]. Demselben liegt ob: die Aktivmasse (§§. 491—493) auszumitteln und herbeizuschaffen, die ausstehenden Forderungen zum Depositorium des Gerichts einzuziehen und zuletzt Rechnung zu legen; wogegen er das ihm ausgesetzte Honorar, oder, wenn darüber eine Vereinbarung nicht stattgefunden, die taxmäßigen Gebühren zu fordern hat, indem Niemand schuldig ist, das Amt eines Konkurskurators unentgeldlich zu übernehmen[40]. Er vertritt nach Außen die Gläubigerschaft als solche in allen Fällen, wo es sich nicht um Interessen einzelner Gläubiger, sondern um Rechte der Masse aller Gläubiger handelt[41]. Auch bei den abgesondert zu verhandelnden Prozessen mit Vindikanten vertritt er die Masse, und ist zur Einlegung von Rechtsmitteln auch ohne Zutritt der Gläubiger, wenngleich der Streit nur darüber ist: ob der Vindikant das Eigenthum in erster Klasse oder dessen Werth in einer Anderen fordern dürfe, legitimirt[42]. Diese Kuratel wird durch das Distributionsurtel geendigt; dadurch ist auch der Kurator ohne Weiteres entlassen[43]. Kommt später noch ein Vermögensgegenstand zum Vorschein, welcher schon bei der Konkurseröffnung vorhanden war aber unentdeckt blieb: so lebt der Konkurs wieder auf und es muß, zur nachträglichen Verwerthung und Vertheilung dieses Gegenstandes, der alte aber bereits entlassene Kurator wieder verpflichtet oder ein Neuer angestellt werden.

§. 809.

3. Von Beiständen.

Unter den Beiständen (§. 791, III) sind die rechtsverständigen Assistenten in Prozessen und andern Rechtsangelegenheiten von ge-

---

39) §§. 64—68 a. a. O. Auch bei der Anstellung des Interimskurators sollen die schon bekannten, am Orte anwesenden oder bevollmächtigten Gläubiger mitwirken; doch ist dies unpraktisch.

40) §§. 73—92 a. a. O.

41) §§. 170, 219—221, 527 a. a. O. S. o. §. 589, II.

42) Ang. vom IV. S. des Otr. am 25. Septbr. 1848 in Sachen Goldstücker c. Winter, Präj. 2071.

43) 560 das. Nach G. R. wird der Kurator durch ein besonderes Dekret entlassen. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. III, 37.

wöhnlichen Beiständen zu unterscheiden. Die Erstern haften bei der Verrichtung ihrer Obliegenheiten, in der Regel, wie Sachverständige[44]); die Andern sind bei der Vernachlässigung ihrer Pflichten, die sich nach dem Zwecke der Zuordnung des Beistandes bestimmen, nur für Vorsatz und grobes Versehen verantwortlich[45]). Das Institut der Beistände ist dem G. R. unbekannt. Es ist durch die Sitte entstanden, an Statt der Geschlechtsvormundschaft Beistände für gewisse Rechtshandlungen unverheiratheter Frauenspersonen zuzuziehen[46]), welche als bloße Rathgeber dienten und auf eine vorschriftsmäßige Vollziehung des Rechtsgeschäfts zu halten hatten, um die geschäftsunkundige Frau gegen Uebereilung und Bevortheilung zu schützen[47]): ein wahres Einwilligungsrecht oder eine Verwaltung stand ihnen nicht zu; aber sie konnten und mußten ihren Beistand zu einem für die Frau offenbar nachtheiligen oder nichtigen Geschäfte versagen[48]). Die Ausdehnung dieses Instituts auf noch andere Personen (§. 791, III) ist dem preuß. L. R. eigenthümlich.

---

44) II, 18, §. 1007. — A. G. O. III, 7, §§. 22, 26, lit. c., 39—44.

45) II, 18, §§. 1005, 1006.

46) Gries, Commentar zum Hamburger Stadtrecht, Bd. I, S. 17. — Baierisches Landrecht, Th. I, Kap. 6, §. 34.

47) Leyser, Medit., sp. 350, m. 1.

48) Kind, Quaest. for. Tom. IV, c. 18 (II. Ed. Tom. III, c. 106).

Fünftes Buch.

E r b r e c h t.

L. Crelinger, System des Preußischen Erbrechts mit vergleichender Hinweisung auf das Römische und Gemeine Erbrecht; nebst einem Anhange, den Erbschafts-Stempel betreffend. gr. 8. Breslau, 1834. — Gründler, die Erbfolge nach den Grundsätzen des gemeinen Preuß. Rechts. Nürnberg, 1798. — Das R. R. ist nur in einzelnen Sätzen beibehalten, im Ganzen aber so sehr modifizirt, daß nur mit großer Vorsicht daraus Belehrung zu holen ist. Dessen Hauptquellen sind: a) vorjustinianſche: Gaji Inst. II, §. 97—III, §. 87; Ulpiani Fragm. XX—XXIX; Pauli sent. receptae III—IV; Collat. LL. rom. et mosaicarum, XVI; Cod. Theod. V, 1; b) justinianſche: Inst. II, 10—25; III, 1—9; Dig. XXVIII—XXXVIII; Cod. VI, 9—59; Nov. 118 und 115.

Einleitung.

§. 810.

1. Begriff.

I. Durch den Wegfall der Person (§. 41) wird der von ihr beherrschte Inbegriff von Rechten erledigt, und es entsteht die Frage nach seinem fernern Schicksale. Das R. R. hat darüber sehr bestimmte Grundsätze. Es unterscheidet zwei Hauptklassen von Rechten: Familien- (Zustands-) Rechte, und Vermögensrechte. Die zur ersten Klasse gehörigen Verhältnisse und Rechte gehen mit ihrem Träger, der Person, unter (§. 99); die der andern Klasse gehen in der Regel auf Andere über. Diese Grundsätze

finden sich im Pr. R. wieder[1]). Die Summe der Regeln nun, über die Schicksale der Vermögensrechte bei dem Wegfalle der Person (Verlassenschaft, §. 93), ist das Erbrecht im objektiven Sinne: es beschäftigt sich mit der Succession, d. i. ein solcher Uebergang eines Rechts von dem Einen auf den Andern, wobei das Recht des Nachfolgers auf das Recht des Vorgängers gegründet ist, beide Rechte also einen innern Zusammenhang haben[2]), im Falle des Todes des bisher Berechtigten; es ist daher wesentlich nur ein Stück der ganzen Lehre vom Vermögensrechte. II. Die Succession ist entweder universell (successio per universitatem), oder singulair (s. in singulas res). Die Erstere ist eine solche, welche in einen Inbegriff von Sachen und Rechten, als Einheit gedacht (§. 93), geschieht, und unterscheidet sich von der Singular-Succession wesentlich darin, daß durch sie die Obligationen mit übergehen. Bei jeder Verlassenschaft tritt immer ein Uebergang im Ganzen (Universal-Succession) ein; der Inbegriff heißt als Gegenstand der Succession Erbschaft (hereditas, §. 93), und die Person, welche in dieselbe eintritt, heißt Erbe (heres). Der Erbe erhält also auch von selbst alle aktiven und passiven Forderungsrechte[3]). Daneben kann auch eine Singular-Succession vorkommen, doch ist solche nicht nothwendig; die Universal-Succession ist daher der Hauptgegenstand der Darstellung des Erbrechts.

§. 811.

2. Anfall und Erwerbung der Erbschaft.

Das R. R. unterscheidet bei der Succession von Todes wegen den Anfall (Delation) und die Erwerbung (Acquisition). Die Delation besteht in der Bestimmung der Person des Nachfolgers, wozu noch die Acquisition, d. h. eine Handlung des

---

1) Etwas Anderes als was das R. R. meint, will das A. L. R. Einleit. §§. 102—104 nicht sagen. Ebenso sind die §§. 99—101 zu verstehen.

2) Die Ersitzung ist also in diesem Sinne keine Succession.

3) I, 3, §§. 34, 35; I, 9, §§. 350, 351. Entsch. des Obertr. VI, S. 355. Ist durchaus römisch. L. 37 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2). Anders nach deutschem R.

bestimmten Erben, welche geeignet ist, die Erbschaft zu erwerben, treten muß, um wirklich Erbe zu werden[4]). Das verhält sich nach Pr. R. anders; denn dessen Grundsatz ist: der Erbe tritt in dem Augenblicke der Eröffnung der Erbschaft, schon von Rechts wegen, an die Stelle des Erblassers[5]), doch so, daß ihm die Ausschlagung der Erbschaft freisteht. Der Grundsatz gilt auch von Singular-Successoren (§. 824). Es können aber Mehrere gleichzeitig Erbe sein, und auf dieser rechtlichen Möglichkeit beruht das Zuwachsrecht (jus accrescendi), welches wieder römisch, jedoch nach Abschaffung der Regel: nemo ex parte testatus etc. (Note 9), nicht mehr folgerichtig ist. Das ganze landrechtliche Erbrecht ist unlogisch, aus sich einander ausschließenden Grundsätzen zusammengefügt.

§. 812.

3. Anfallsgründe.

Das Prinzip bezüglich auf die Delation einer Erbschaft ist rein römisch. Das deutsche Recht erkennt nur die allgemeine Rechtsregel als alleinigen Titel der Erbschaft, und nur diejenigen Personen, die darnach zur Erbschaft berufen sind, für wahre Erben an, ein Grundsatz, welcher auf der Ansicht eines Gesammteigenthums der Familie an dem Vermögen eines jeden einzelnen Mitgliedes zu beruhen scheint und womit auch jener Grundsatz über die Erwerbung der Erbschaft (§. 811) in innerem Zusammenhange steht. Das R. R. hingegen läßt das Alleineigenthum noch nach dem Tode der Person wirksam sein, indem Es, mit einer Ausnahme des neuern Rechts, bezüglich auf einzelne bestimmte Personen, den Willen des Eigenthümers als das einzige Gesetz für die Erbfolge anerkennt, und nur für den Fall, daß der Erblasser sich darüber nicht geäußert hat, nach dessen ver-

4) L. 151 D. de verborum signif. (L. 16).

5) Ist deutschrechtlicher Grundsatz, welchen die Coûtume de Paris Art. 318 so ausdrückt: „le mort saisit le vif, son hoir plus proche est habile à succeder," d. h. nach Tiraquell: mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione, was das A. L. R. I, 9, §. 368 so übersetzt: „Dieser (der Berufene) erlangt das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf." Der letzte Satz soll bloß das Erforderniß einer Erwerbungsart, bei der Erwerbung der Erbschaft als Ganzes, negiren; bei der Erwerbung des Besitzes gilt er nicht, die Besitzklagen kann also der Erbe zur Erlangung des Besitzes einzelner Sachen nicht gebrauchen.

muthlicher Absicht Bestimmungen trifft[6]). Daher sind die testamentarische und die gesetzliche Succession gleichartig, d. h. der Testamentserbe hat dieselbe Bedeutung und dieselbe Berechtigung wie der Intestaterbe: Beide sind Erbe kraft des Willens des Erblassers, was nach deutschen Rechtsansichten und in dem Ausnahmefalle des R. R. nicht der Fall ist, auch wo, wie im Franz. R., letztwillige Verordnungen gelten; daher ferner tritt der Berufene nicht schon von Rechts wegen in die Stelle des Erblassers, sondern erst vermöge seiner beistimmenden Erklärung (seines Antritts), weil der Antrag des Erblassers, nach den Grundsätzen von übertragenden Willenserklärungen, acceptirt werden muß, um die beabsichtigte Wirkung zu haben[7]). Nach den beiden verschiedenen Arten, wie der Wille des Erblassers ausgedrückt werden kann, finden sich zwei Gründe der Delation angegeben, nämlich: letzter Wille und Gesetz[8]). Der Erstere ist die Regel und der Letztere tritt, gleichsam als ein für Alle im Voraus gemachtes Testament, nur subsidiarisch ein. Zu diesen, in den XII T. beruhenden, beiden Gründen trat jedoch später ausnahmsweise noch ein, dem deutschen Prinzipe verwandter, dritter Grund, nämlich die Erbfolge gegen den letzten Willen (successio contra tabulas), in der neuern Rechtssprache als hereditas necessaria bekannt. Das Verhältniß dieser drei Berufungsgründe ist: das Testament schließt die Intestaterbfolge aus, dergestalt, daß Beide nicht neben einander bestehen können[9]); die successio contra tabulas geht

---

6) Ueber beide Prinzipien s. Majer, Ideal des Intestat-Erbfolge-Systems nach rein rationellen Prinzipien, zur Vergleichung mit dem Systeme des Römischen, Preußischen und Französischen Rechts, Germania III, 3, 21.

7) Die Erwerbung ipso jure ist sonach im Pr. R. nicht folgerecht. §. 811. Die Berufung auf den römischen heres suus, zur Rechtfertigung dieses Grundsatzes, ist unpassend. Man schlüpft dabei immer über das Verhältniß der s. g. hereditas necessaria zu denjenigen Anfallsgründen, welche die Regel bilden, hinweg. Sowohl in der Regel als in der Ausnahme war Logik, denn der suus war nicht kraft des Willens des Erblassers, sondern kraft des Gesetzes (ipso jure) Erbe. Darum war zur Erwerbung der Erbschaft bei der regelmäßigen Erbfolge der Wille des Berufenen nöthig, bei dem suus aber nicht. Die Verfasser des Landrechts machen das Prinzip der Ausnahme zur Regel, verbinden aber damit die Voraussetzungen und Folgerungen der röm. Regel. Darin ist keine Logik und auch keine Praktik.

8) §. 6 J. per quas personas cuique (II, 9): „nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent (bona).“

9) Nach der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. L. 7, 89 D. de reg. jur. — §. 5 J. de hered. instit. (II, 14). — L. 39, 70 pr. D. de acq. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

der testamentarischen vor, kann jedoch mit ihr konkurriren[10]). Ebenso im Wesentlichen das Pr. R.: der letzte Wille ist die Regel; die gesetzliche Erbfolge tritt erst in Ermangelung einer besondern Verordnung ein, aber allemal auch zugleich, und mit ihr concurrirend, wenn und soweit die besondere Verordnung nicht zum Ganzen beruft[11]). Dadurch ist die Römische Regel: nemo ex parte testatus etc., ganz im Einverständniß mit den meisten deutschen Rechtsgelehrten, abgeschafft[12]); und die nothwendige Erbfolge geht in gleicher Weise dem Testamente vor, also daß sie die testamentarische Erbfolge soweit verdrängt, als nöthig ist, um neben derselben zu bestehen. Auch darin kommt das A. L. R. mit dem R. R. überein, daß eine Singular-Succession nur durch letzten Willen deferirt werden kann[13]). Aber eine zweite, nach Röm. Ansichten für unsittlich gehaltene und darum ganz unstatthafte[14]) Form des letzten Willens ist aus dem deutschen Rechte beibehalten, nämlich der Erbvertrag, welcher sogar das Testament, soweit er damit kollidirt, ausschließt[15]).

§. 813.

4. Ueberſicht.

Die Darstellung des Erbrechts wird folgenden Gang nehmen: In zwei Abtheilungen werden zuerst die Bedingungen der Erbfolge und darauf die Rechte oder der Inhalt der Erbfolge dargelegt werden. Die Bedingungen bestehen in dem Anfalle und in der Erwerbung. Der Anfall kann geschehen: durch letzten Willen und zwar durch Testament oder durch Erbvertrag; durch

---

10) L. 1 pr. D. de bonor. poss. contra tab. (XXXVII, 4).

11) Niemals können beide Prinzipe auf einen und denselben Gegenstand zugleich Anwendung finden. Vergl. den Rechtsfall in den Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 313.

12) I, 12, §§. 45, 285, 29.

13) Heergeräthe, Gerade oder Niftel können nur nach Provinzialrechten oder Statuten verlassen werden (II, 1, §. 502), und die Singularsuccession in ein Kolonat beruhet auf Vertrag (§. 332a). Diese fällt mit den Kolonaten zugleich weg.

14) L. 15 C. de pactis (II, 3); L. 5 C. de pact. conventis (V, 14); L. 4 C. de inutil. stipulat. (VIII, 39). — L. 61 D. de verb. obl. (XLV, 1).

15) I, 12, §§. 10, 627—630; I, 9, §. 405.

das Gesetz in Ermangelung eines letzten Willens; und durch das Gesetz wider den letzten Willen. Die bloß negativen Erfordernisse der Erwerbung sind die Annahme (Nichtausschlagung) und die Nichtentziehung des Anfalls. Die Erste Abtheilung, von den Bedingungen der Erbfolge, wird also im ersten Abschnitte von den Gründen des Erbanfalls, und zwar in vier Kapiteln: von letzten Willensverordnungen; von Erbverträgen; von der gesetzlichen Erbfolge; und von den Pflichttheilsberechtigten; im zweiten Abschnitte von der Erwerbung der Erbschaft in zwei Kapiteln: von der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft; von dem Verluste der Erbschaft handeln. Die Zweite Abtheilung, von dem Rechte oder dem Inhalte der Succession, wird im ersten Abschnitte die Rechte der Universalsuccession in vier Kapiteln: die Rechte auf das Ganze; die Rechte auf die einzelnen Vermögensstücke; das Verhältniß der Erben zu dritten Personen; und das Verhältniß der Miterben unter sich; und im zweiten Abschnitte die Rechte der Singularsuccession darstellen.

Erste Abtheilung.

Von den Bedingungen der Erbfolge.

Erster Abschnitt

Von den Gründen des Erbanfalls.

Erstes Kapitel.

Von letzten Willensverordnungen.

A. L. R. I, 12. — Außer den populairen Schriften: Liebeskind, Unterricht über die innern und äußern Erfordernisse letztwilliger Verordnungen nach Vorschrift des Allgemeinen Preußischen Landrechts, Königsberg, 1797; Mallinkrodt, kurzer Unterricht über Testamente und deren Aufnahme für Nichtjuristen, nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts, Dortmund, 1798, hat die Literatur keine Monographie. — Ueber die wesentlichen Abweichungen des A. L. R. von dem R. R. in der Lehre von Testamenten s. m. Suarez amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L. R.; Anlage D. ad Part. I, Tit. XII, von letztwilligen Verordnungen (in den Jahrb. Bd. XLI, S. 76 flg.); und m. Einleitung zum Tit. 12, Abschn. 1 der Ergänzungen.

§. 814.

I. Begriff und Arten.

Die Röm. Begriffsbestimmung von einem Testamente ist nicht recht klar [1]). Es kommen zwei Arten von letzten Willensverordnungen vor: ein Testament und ein Kodizill. Das Testament ist ein förmlicher letzter Wille, wodurch eine successio per universitatem angeordnet wird [2]). Dieses Erforderniß ist so wesentlich, daß beim Mangel oder im Falle der Ungültigkeit der Erbeseinsetzung der ganze Akt null ist. Das Kodizill ist ursprünglich ein unförmlicher letzter Wille, worin jede Verfügung von Todes wegen vorkommen kann, nur keine Erbeseinsetzung. Das A. L. R. schließt sich mit seiner Begriffsbestimmung scheinbar hieran an denn Es nennt ein Testament jede einseitige Willenserklärung, wodurch Jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird [3]), und Kodizill eine solche, worin über Etwas, nur nicht über die Erbfolge im Ganzen, verordnet wird [4]). Doch sind die charakteristischen Unterscheidungszeichen des R. R. zwischen einem Testamente und Kodizille keinesweges beibehalten, vielmehr bleibt ein Testament nach Pr. R. im Uebrigen ein gültiges Testament, wenngleich die Erbeseinsetzung wegfällt [5]), und der formelle Unterschied zwischen beiden Arten, nach R. R., fällt im Pr. R. gleichfalls weg, indem Kodizille in der Regel die Form der Testamente haben müssen [6]). Man hätte daher, folgerecht, einen jeden letzten Willen ein Testament nennen mögen.

---

1) L. 1 D. qui testamenta (XXVIII, 1). — Ulp. XX, §. 1.

2) L. 14 C. de testamentis et quemadmod. (VI, 23).

3) I, 12, §. 3. Auch in wechselseitigen Testamenten (§. 614 d. T.) ist die Erklärung eines jeden Theils wesentlich einseitig, d. h. widerruflich.

4) §. 5 ebend. Das Prinzip ist die Prinziplosigkeit hier wie sonst.

5) §. 279 das. — Suarez, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 80, sagt dazu, daß dadurch nichts Neues eingeführt werde, weil die clausula codicillaris bisher denselben Effekt gehabt habe.

6) §. 66 a. a. O.

II. Form.

1. Aeußere Form.

Krull, Handbuch für den Preußischen Richter zum Gebrauch bei Ab- und Aufnahme letztwilliger Dispositionen. Breslau, 1835.

a) der Testamente.

§. 815.

α) Regelmäßige Form.

Das R. R. hat der Form nach zwei Arten von Testamenten: ein Privat-, und ein öffentliches Testament. Jedes konnte nach G. R. schriftlich oder mündlich errichtet werden. Das Privattestament ist durch das A. L. R. ganz abgeschafft [1]). Das öffentliche Testament bestand in einer, vor einem Juder oder der Munizipalobrigkeit zu Protokoll gegebenen mündlichen, oder dem Kaiser in seinem Ministerrathe offen überreichten schriftlichen Erklärung [2]); die schriftliche Form des öffentlichen Testaments ist durch den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch aufgebracht [3]). Beide Formen hat das A. L. R. beibehalten. I. Das Nähere für gewöhnliche Fälle ist Dieses: 1. Das Testament muß von dem Testator in Person [4]) einem gehörig besetzten Gerichte (§. 554) entweder schriftlich und versiegelt übergeben, oder mündlich zu Protokoll gegeben werden [5]). Doch können Personen, welche noch nicht 18 Jahre alt, oder welche blind sind, oder welche das Lesen

---

1) Diese Bestimmung hat viel Gutes, weil wir viel zu wenig an Förmlichkeiten gewöhnt sind, daher oft Etwas versehen werden würde. Auch kann daraus bei der Leichtigkeit, einen Richter zu erlangen, kein Nachtheil entstehen.

2) L. 19 C. de testamentis (VI, 23). — v. Savigny Rechtsgesch. Bd. I, S. 82—84.

3) Glück, Kommentar §. 1409, Bd. XXXIV, S. 188 flg.

4) Damit ist die durch die Meinung vieler gemeinrechtlicher Juristen vertheidigte Praxis, welche die Uebergabe eines Testaments auch durch einen Bevollmächtigten geschehen ließ (Glück a. a. O. Note 23) beseitigt.

5) I, 12, §§. 66, 82—92. Die Vereidigung der statt des Protokollführers zuzuziehenden zwei Schöppen vor Gericht ist nicht nothwendig, sondern es kann deren eidliche Verpflichtung auch vor einer andern öffentlichen Behörde, namentlich vor einem königlichen Intendantur- (Rent-, Domainen-) Amte rechtsgültig bewirkt worden sein. Pr. 18, v. 9. April 1833. Verwandtschaft und Schwägerschaft zwischen dem Richter und dem Testator machen den Richter nicht unfähig. Pr. 2276, v. 5. März 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 132). Aber die beiden Gerichtspersonen dürfen unter sich nicht in einem solchen Verhältnisse stehen. Vergl. Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845, §. 8.

und Schreiben nicht verstehen, oder welche nicht unterschreiben können, nur mündlich testiren[5a]). Persönliche Gegenwart ist schlechthin nothwendig, so daß, wenn der Testator an ordentlicher Gerichtsstelle nicht erscheinen kann oder will, er das Gericht ersuchen muß, sich zu ihm zu begeben[6]). 2. Kompetenz des Gerichts ist zur Gültigkeit des Testaments nicht erforderlich; aber der Richter, welcher an einem Orte, wo er keine Gerichtsbarkeit hat, ohne gültigen Grund ein Testament auf- oder annimmt, soll die Gebühren an den Ortsrichter herausgeben und eben so viel dem Fiskus als Strafe entrichten[7]). 3. Die Testamentserrichtung vor versammeltem Richterkollegium[8]) ist ganz ungebräuchlich, vielmehr wird die Handlung in der Regel immer von einer Deputation aufgenommen. Diese Deputation, bestehend aus einem Richter-Kommissarius und einem Aktuarius, oder statt des Letztern aus zweien, schon vor der Amtshandlung vereideten, Gerichtsschöppen[9]), muß von dem Dirigenten des Gerichts, schriftlich und besonders für den einzelnen Fall, ernannt worden sein; der Dirigent kann auch für sein eigenes Testament die Deputation ernennen[10]). Ist nicht wenigstens der Richter-Kommissarius auf diese Weise vorher ernannt worden, so ist das Testament null, wenn auch die Handlung von dem Dirigenten hinterdrein gutgeheißen worden wäre; der Protokollführer aber kann von dem ernannten Richter-Kommissarius, unbeschadet der Gültigkeit der Handlung, ohne vorherige Ernennung Seitens des Dirigenten, zugezogen werden[11]). 4. Dieser Deputation, d. h. in persönlicher und gleichzeitiger Gegenwart beider Gerichtspersonen, muß der Testator seinen letzten Willen mündlich aussprechen oder schriftlich übergeben. Die übergebene Schrift muß von ihm eigenhändig wenigstens unterschrie-

5a) §§. 17 und 113 a. a. O. Ein übergebener schriftlicher Aufsatz dient nur zur Information.

6) §§. 67—71 a. a. O.

7) §§. 72—81, 91 das. — Anh. §. 29. Ist jetzt ohne alle Bedeutung.

8) §. 87 a. a. O. — A. G. O. II, 4, §. 5.

9) I, 12, §§. 82—86. — Schles. Archiv Bd. V, S. 219 flg. Vergl. Note 5. Die Schöppen können zu der einzelnen Handlung besonders bestellt werden. Proz.-O. Tit. 25, §§. 53—55.

10) §§. 88—90 a. a. O. — In Folge der neuen Gerichtsverfassung genügt auch eine generelle Ernennung. Geschäftsregl. v. 18. Juli 1850, §. 19 (J. M. Bl. S. 238). Der J. M. hatte dies schon durch eine Verf. v. 13. Juli 1843 (J. M. Bl. S. 190) angeordnet. Die Gesetzeskraft dieser Verf. ist apokryph.

11) War streitig. K. O. vom 24. März 1839 (G. S. S. 155); I, 12, §. 135.

ben sein, was er gethan zu haben gleichfalls aussprechen muß[12]). Daher kann Jemand, der nicht unterschreiben kann, nur mündlich testiren[13]). Die Schrift kann versiegelt oder offen übergeben werden. Ist sie offen und soll sie den letzten Willen vorstellen, so muß sie, falls dieß noch nicht geschehen, von dem Testator unterschrieben, darauf von der Deputation mit dem Vermerke: daß der Aufsatz den letzten Willen des Testators enthalte, bei Strafe der Nichtigkeit, unter der Unterschrift versehen und hiernächst in Gegenwart desselben mit dem Gerichtssiegel versiegelt werden[14]). Das versiegelt übergebene Testament wird gleichfalls noch durch Beidrückung des Gerichtssiegels versiegelt, doch ist die Unterlassung keine Nullität[15]); der äußere Umschlag muß von der Deputation in Gegenwart des Testators mit dem Vermerke überschrieben werden: daß darin die letztwillige Disposition des N. N. enthalten sei, welche derselbe an dem untengenannten (heutigen) Tage der unterschriebenen Deputation des rc. Gerichts übergeben habe[16]); und der Testator muß befragt werden: ob er das Testament ge= oder doch wenigstens unterschrieben habe[17]). 5. Ueber den Hergang wird ein Protokoll, worin das übergebene Testament nach seiner Ueberschrift und den Siegeln zu beschreiben ist, aufgenommen und Dieses sowohl von der Deputation als dem Testator unterzeichnet[18]). Es ist gleichviel, wer von der Deputation das Protokoll geschrieben hat, es ist auch kein Erforderniß der Gültigkeit, daß das Protokoll in der unmittelbaren Gegenwart des Testators, namentlich in dem nämlichen Zimmer,

12) §§. 100—104 dies. Tit. Es erzeugt allein noch keine Nichtigkeit eines zum gerichtlichen Protokolle erklärten Testaments, wenn einer der bei dessen Aufnahme zugezogenen Gerichtsschöppen sich während der Verhandlung nicht ununterbrochen bei derselben anwesend befunden hat, sofern nur das vollständig besetzte Gericht bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls gegenwärtig gewesen ist. Und eben so ist ein von dem Richter einem der Schöppen diktirtes und von dem Richter nicht selbst geschriebenes Testament keineswegs bloß aus diesem Grunde nichtig. Pr. 1779, v. 10. Sept. 1846 (Entsch. XIII, 179).

13) §. 113 a. a. O.

14) §§. 100, 107—110 a. a. O. Nach einem Minist.=R. v. 25. Juni 1802 (Mathis, Bd. I, S. 107) sollte zwar der Mangel dieses Vermerks unter der Unterschrift selbst, wenn er durch eine Erklärung im Protokolle ersetzt sei, nicht ungültig machen, doch hat das Obertr. in seiner Entsch. v. 20. Nov. 1849 (Bd. XIX, S. 159) das Gegentheil ausgesprochen, und dieser Meinung ist nach §. 139 d. T. allerdings Beifall zu geben.

15) §. 103 a. a. O. — Anh. §. 33.

16) §. 103 a. a. O. — A. G. O. II, 4, §. 3.

17) §. 102 a. a. O. Dieses wird dadurch, daß sich findet: der Testator habe wirklich unterschrieben, nicht unnöthig. Pr. 213, v. 1836.

18) A. L. R. §. 103 u. A. G. O. a. a. O. §. 4.

worin er sich befindet, oder im ununterbrochenen Beisein sämmtlicher Beisitzer geschrieben werde: es genügt, wenn bei der Vollziehung des Akts (Vorlesung und Unterschrift) die Gerichtspersonen alle den Testator sehen und hören können[19]. 6. Das mündliche Testament wird zu Protokoll genommen, von dem Testator mit unterschrieben, wenn er nicht schreiben kann, in Gegenwart zweier, erst nach der Vorlesung zuzuziehender, Instrumentszeugen[19a]) unterzeichnet, wenn er auch ein Handzeichen zu machen nicht im Stande ist, von den beiden Zeugen, nachdem der Testator in ihrer Gegenwart erklärt hat, daß ihm das Protokoll vorgelesen worden sei, und er dasselbe genehmige, mit der Deputation unterschrieben[20]. Das gehörig vollzogene Protokoll wird, eben so wie ein übergebenes schriftliches Testament, in einen Umschlag gethan, Dieser in Gegenwart des Testators mit dem Gerichtssiegel versiegelt und in der vorhin angegebenen Art überschrieben; doch bewirkt der Mangel der gehörigen Versiegelung keine Nullität[21]; denn das Testament ist mit der Vollziehung des Protokolls vollendet und was darauf noch folgt, hat bloß den Zweck, die Identität des Aufsatzes gegen jeden Zweifel zu sichern. 7. Das übergebene oder aufgenommene und versiegelte Testament nimmt die Deputation an sich und überliefert Es dem Gerichte, welches solches zur Verwahrung zum Depositum bringen, und dem Testator über die erfolgte Niederlegung einen Rekognitionsschein ausfertigen läßt[22]. Doch gehört diese Art der Aufbewahrung nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten, deren Mangel das Testament nichtig macht, vielmehr dient sie bloß zur Sicherung der Identität und Verhinderung eines Streites darüber; das Testament, dessen Identität zweifellos ist oder erwiesen wird, gilt mithin, wenn auch dasselbe bis zur Publikation noch gar nicht in das

19) Schles. Archiv, Bd. V, S. 220 flg. S. o. Note 12.

19a) Als gültiger Instrumentszeuge kann auch der Vormund eines im Testamente eingesetzten Erben zugezogen werden, hat der I. S. des Obertrib. am 21. Dezember 1848, Präj. 2083, angenommen. Das halte ich nicht für gerechtfertigt. Der Vormund ist kein klassischer Zeuge zum Vortheil seines Mündels. Vergl. die Note 30.

20) §§. 104, 105, 115—122 a. a. O. — Wenn der Testator Handzeichen zu zeichnen im Stande ist, so muß solches, bei Strafe der Ungültigkeit des Testaments, in Gegenwart der zuzuziehenden zwei Zeugen geschehen. Die Erklärung des Testators vor denselben, daß die Handzeichen von ihm gezogen worden, ist nicht hinreichend. Pr. 491, v. 25. Juni 1838.

21) §. 105 das. — Anh. §. 33. — A. G. O. II, 4, §. 4.

22) I, 12, §. 112. — A. G. O. a. a. O. §. 8.

gerichtliche Depositum gekommen, oder von der Deputation an das Gericht überhaupt abgeliefert worden wäre[23]). II. Für folgende besondere Fälle sind noch andere Förmlichkeiten vorgeschrieben: 1. Wenn der Testator taub ist, müssen die an ihn gerichteten Fragen schriftlich vorgelegt, und sowohl diese Fragen als die darauf gegebenen Antworten wörtlich in das Protokoll geschrieben, das Protokoll muß von dem Testator selbst durchgelesen, und, daß solches geschehen, von ihm bei seiner Unterschrift vermerkt werden[24]). Kann er nicht schreiben, so sind zwei glaubwürdige Personen aus dem täglichen Umgange desselben zuzuziehen und in deren Gegenwart sind ihm mittelst einer druckähnlichen Schrift die Fragen vorzulegen. Kann er auch nicht Gedrucktes lesen, so ist die dem Testator gewöhnliche Zeichensprache anzuwenden. Als Dollmetscher sind zwei eben dergleichen Personen, welche sich mit ihm verständigen können, zuzuziehen, vor der Vernehmung des Testators an Eidesstatt und mit Hinweisung auf den künftig zu leistenden Eid darüber zu vernehmen: ob und woher sie wissen, daß man sich dem Testator durch Zeichen verständigen könne; und darauf sind sie durch Proben von Seiten des Gerichts zu prüfen. Wenn das Gericht sich von der Richtigkeit der Angaben überzeugt und den Hergang zu Protokoll verzeichnet hat, läßt Es durch die beiden Dollmetscher, abwechselnd bald durch den Einen bald durch den Andern, den Testator befragen und ihm die niedergeschriebene Erklärung desselben zur Genehmigung vorhalten. Diese Dollmetscher dienen zugleich als Unterschriftszeugen[25]). 2. Wenn der Testator stumm ist, muß er selbst die ihm schriftlich vorgelegten, im Protokoll verzeichneten, Fragen schriftlich beantworten. Kann er nicht schreiben, so wird die Zeichensprache angewendet, wobei eben so verfahren wird[26]). 3. Wenn der Testator taub und stumm zugleich ist, sind dieselben Förmlichkeiten zu be-

---

23) Anh. z. A. L. R., §. 33. — Schlef. Arch. Bd. V, S. 220. — Pr. 1586, v. 13. Juni 1845 (Entsch. XI, S. 203). Deswegen kann jedes Testament, ohne Schaden an seiner Gültigkeit, versendet werden. I, 12, §. 79; Anh. §. 30; Anh. z. A. G. O. (II, 4, §. 9) §. 429. Nur wird dadurch ein Angriff gegen die Identität des letzten Willens erleichtert.

24) I, 12, §. 123. — A. G. O. II, 3, §. 4.

25) A. G. O. II, 3, §. 7. — R. v. 24. Juni 1802 (N. A. Bd. III, S. 5; Mathis, Bd. I, S. 108; Rabe, Bd. VII, S. 175).

26) I, 12, §. 123. — R. v. 10. Mai 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 345; N. A. Bd. IV, S. 255; Rabe, Bd. VIII, S. 591).

obachten (Note 25). 4. Will ein Blinder testiren, so muß ihm zu dem Akt von Anfang ein Beistand zugeordnet werden, Dieser muß ihm am Ende das Protokoll vorlesen und an seiner Statt unterschreiben, bei der Unterschrift aber müssen zwei Instrumentszeugen zugezogen werden, in deren Gegenwart der Testator erklärt, daß ihm das Protokoll vorgelesen worden sei und er dasselbe genehmige[27]). 5. Wenn der Deputation die Sprache des Testators nicht hinlänglich bekannt ist, so müssen, je nachdem beiden Gerichtspersonen oder nur Einer von ihnen die Sprachkenntniß abgeht, Zwei oder Ein Dollmetscher oder sprachkundige Zeugen zugezogen werden. Uebergiebt der Testator ein schriftliches Testament, so wird darüber das Protokoll in deutscher Sprache abgefaßt; verordnet er aber mündlich, so muß das Protokoll darüber durch Einen der Dollmetscher oder Sprachzeugen in der Sprache des Testators niedergeschrieben werden. Mit der Vollziehung dieses Protokolls ist das Testament vollendet. Was noch weiter geschehen soll, ist nicht mehr wesentlich, die Unterlassung schadet mithin der Gültigkeit nicht. Es soll nämlich das Testament zugleich auch in die Sprache des Richters übersetzt, und beide Exemplare sollen eingesiegelt werden[28]). 6. Wenn der Testator Eine der Gerichtspersonen bedenken will. Wird ein schriftliches Testament übergeben, so hat dieser Umstand keinen Einfluß auf die Amtshandlung, selbst wenn die Gerichtsperson Kenntniß davon hat[29]). Soll mündlich testirt und Eine der Gerichtspersonen zum Erben berufen werden, so ist sie zur Amtshandlung ganz unfähig; wird ihr jedoch nur ein Vermächtniß zugedacht: so kann sie die Handlung gültig verrichten, aber zur Gültigkeit des Vermächtnisses ist nothwendig, entweder, daß der Testator eigenhändig, am Rande bei der gehörigen Stelle oder bei seiner Unterschrift, vermerke, wie solches wirklich seine Absicht sei, der Gerichtsperson das Vermächtniß zuzuwenden; oder, wenn er nicht schreiben kann, daß zwei glaubwürdige Zeugen diesen

---

27) §. 104 a. a. O. verbunden mit A. G. O. II, 3, §. 8, und A. L. R. §. 122 a. a. O.

28) I, 12, §§. 124–132. Das Exemplar in der Sprache des Testators ist das Original.

29) §. 133 a. a. O. — Schles. Arch. Bd. V, S. 219.

Vermerk eigenhändig beischreiben[30]). III. Die Einheit der Handlung (unitas actus) ist kein wesentliches Erforderniß, der Richter soll nur zur Verhütung von Prozessen den Anlaß der Unterbrechung, so wie die Zeit derselben und der Fortsetzung und Beendigung der Handlung, im Protokolle vermerken[31]).

§. 816.

β) Privilegirte Form.

Von diesen förmlichen Testamenten giebt es folgende Ausnahmen: I. Das dem Landesherrn übergebene. Es ist von doppelter Art: 1. Das von Personen aus der landesherrlichen Familie. Wenn dieses in einem schriftlichen Aufsatze dem Landesherrn übersendet und von dort dem Kabinetsarchive, oder einem Gerichte überwiesen wird, so ist es gültig[1]). 2. Das irgend einer andern Person. Zu dessen Gültigkeit wird erfordert, das der Landesherr selbst das Schriftstück, welches den letzten Willen enthält, aus den Händen des Testators angenommen hat[2]). II. Das militairische Testament. Das Privilegium, militairisch zu testiren, hebt an von dem Augenblicke, wo die Truppe aus ihrem Standquartiere ins Feld rückt oder in ihrem Standquartiere vom Feinde bedroht wird, so wie bei Seediensten von da, wo das Schiff bestiegen wird, und dauert bis zum Ende des Krieges, ohne daß es durch Einrücken in Festungen oder Winterquartiere, noch durch Waffenstillstand unterbrochen wird[3]). Es steht zu allen Personen, welche der Armee zu folgen verpflichtet sind, ohne Unterschied des Alters, wenn sie nur überhaupt testamentsmündig sind (§. 818), und ohne Unterschied: ob sie zu wirklichen Kriegsdiensten oder zu

---

30) §§. 134—138 a. a. O. Verwandtschaft oder Schwägerschaft zwischen dem Richter und dem Erben bis zum vierten Grade der Seitenlinie machen gleichfalls den Richter unfähig zur Aufnahme eines mündlichen Testaments. A. G. O. III, 3, §. 13. Die Verwandtschaft mit dem Testator ist kein Hinderniß. Vergl. Note 5.

31) §. 150 das. — Ueber G. R.: Marezoll, über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Orts, des Tages, der Zeit und des Rechtsaktes [Linde's rc. Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. IV, H. 1 (1831)].

1) §. 176 das. — Dieses ist dem Röm. testamentum principi oblatum ähnlich. L. 19 C. de testam. (IV, 23).

2) §. 175 a. a. O. Der Beweis kann auf gewöhnliche Weise geführt werden. §. 175: „sobald die geschehene Uebergabe glaubhaft bezeugt ist."

3) §§. 177—179 a. a. O.

andern Diensten bei dem Heere bestimmt sind[4]), auch während der Gefangenschaft oder Geiselhaft[5]), mithin nicht solchen Personen, welche aus eigener Bewegung dem Heere folgen, d. h. keinem Militair-Befehlshaber unterworfen sind, wie z. E. Frauen, Kinder und Dienstboten, wohl aber aus dem eben gedachten Grunde den eingetretenen Freiwilligen[6]). Das militairische Testament kann schriftlich und mündlich errichtet werden. 1. Die schriftliche Form erfordert entweder einen eigenhändig von dem Testator ge- und unterschriebenen Aufsatz, oder einen von ihm zwar bloß unterschriebenen, aber im Lager vor dem Feinde oder in einer wirklich belagerten Festung errichteten und von einem, durch den Testator persönlich zur Unterschrift veranlaßten, glaubwürdigen Testamentszeugen mit unterschriebenen Aufsatz, welcher bei dem Testator selbst oder auch in der Feldkriegskasse aufbewahrt werden kann[7]). 2. Mündlich kann testirt werden: a) vor einem vorgesetzten Oberoffizier des Testators und Zwei Zeugen in der Form, daß das mündliche Testament niedergeschrieben und von dem Offizier oder Auditeur und den Zeugen unterschrieben, darauf die Zeit der Errichtung bemerkt und von dem Offizier oder Auditeur aufbewahrt wird[8]); b) vor Zwei glaubwürdigen Zeugen oder einem Oberoffizier, ohne schriftliche Aufzeichnung, während eines Gefechts oder unmittelbar vorher[9]). Dieses bleibt gültig, bis die Truppe, nach geendigtem Kriege, in ihr Standquartier eingerückt ist[10]); ein nach einer der drei erstgedachten Formen errichtetes Testament behält seine Kraft Ein Jahr lang nach wieder hergestelltem Frieden[11]). Durch Desertion verliert jedes militairische Testament

---

4) §. 180 das. — Ebenso nach L. 44 D. de testam. mil. (XXIX, 1); L. 1 D. de bon. poss. ex test. mil. (XXXVII, 13).

5) §. 182 a. a. O.

6) Ebend. §. 181. Wenn sie nämlich nicht bloß auf willkührlichen Rückzug sich bei einer einzelnen Affaire angeschlossen haben, vielmehr ordentlich eingetreten sind.

7) §§. 183—187 das. — Anh. §. 36. K. O. v. 11. Juli 1833 (G. S. S. 289).

8) §§. 194, 195 a. a. O. Diese Form ist für Gefangene und Geiseln ungünstig, da nicht Jeder immer einen seiner vorgesetzten Oberoffiziere bei dem Trupp hat.

9) §. 192 das. — Anh. §. 37. Diese haben, wenn es darauf ankommt, das ihnen anvertraute Testament eidlich zu deponiren.

10) Anh. z. A. L. R. §. 38.

11) I, 12, §. 196. Aehnlich nach L. 21, 26, 38 pr. §. 1 D. de test. mil. (XXIX, 1); §. 3 J. de mil. test. (II, 11).

seine Kraft und wird durch Pardon nicht wieder hergestellt[12]). III. Das Testament der Seereisenden. Wer sich auf einem Schiffe in See befindet, kann auf militärische Art testiren, wobei der Vorgesetzte des Schiffs die Stelle des Offiziers vertritt; ein solches Testament gilt jedoch nur bis dahin, wo es dem Testator nach dem Einlaufen in einem Hafen möglich gewesen ist, seine Verordnung in der ordentlichen Form zu wiederholen oder zu bestätigen[13]). IV. Das Testament zur Zeit ansteckender Krankheit (testamentum tempore pestis conditum) oder einer Kriegsgefahr. Von der Zeit an, wo wegen ansteckender Krankheit der Ort, oder die Gegend, oder die Straße, oder das Haus gesperrt, oder wegen Kriegsgefahr das Gericht des Orts geschlossen ist, kann jede Civilperson, welche dadurch verhindert ist, vor Gericht zu kommen, militairisch, doch mit Ausnahme der unter Ziffer II, 2, b erwähnten Art, testiren. Bei der unter II, 2, a erwähnten mündlichen Form vertritt eine einzelne auch nicht deputirte richterliche Person, der Prediger oder Kaplan, ein Arzt des Orts, ein Rechtsanwalt oder Notarius, ein bei den angeordneten Schutzdeputationen bestellter Arzt, Polizeibeamter, stellvertretender Offizier, oder Schutzkommissions-Vorsteher, die Stelle des Offiziers oder Auditeurs. Dergleichen Testamente gelten Ein Jahr lang nach wieder aufgehobener Sperre, und beziehlich nach Wiederherstellung des ordentlichen gerichtlichen Geschäftsganges[14]). V. Das Testament auf dem Lande in dringenden Fällen (testam. ruri conditum). Auf dem Lande oder in Städten, wo kein Richter wohnt oder am Orte anwesend ist, darf das Dorfgericht und beziehlich der Magistrat Testamente aufnehmen, wenn die Gefahr so dringend ist, daß die Herbeiholung einer ordentlichen Gerichtsdeputation nicht abgewartet werden kann[15]). Zur Gültigkeit eines solchen Testaments ist erforderlich: 1. Das Dorfgericht muß vollständig besetzt sein[15a]). Die Magisträte können Deputationen abordnen, welche aus dem Bürgermeister oder

---

12) I, 12, §. 197. — Mil.-Strafges.-B. Th. II, §. ...

13) I, 12, §§. 205–207. Der Mangel der Fristbestimmung kann Zweifel veranlassen. — Außer diesem Falle wird kein testamentum peregrinantium anerkannt. Suarez in: Jahrb. Bd. XLI, S. 77.

14) §§. 198–201 das. — K. O. v. 8. Oktbr. 1831 (G. S. S. 225); K. O. v. 12. Juli 1831 (G. S. S. 156.) Polizeiliche Warnungstafeln an dem Hause sind eine genügende Absperrung. Entsch. des Otr. v. 22. März 1850 (XIX, 164).

15) §§. 93, 98, 99 a. a. O.

15a) S. o. §. 62 a. E., u. wegen der Vereidigung die Note 5 zu §. 815.

dessen Stellvertreter und zwei Magistratsmitgliedern, oder aus Einem solchen Mitgliede und dem Stadtsekretair, oder an Stelle des Sekretairs aus einem vereideten Gerichtsschreiber, oder einem Rechtsanwalte oder Notarius, oder aus dem Prediger, bestehen müssen[16]. Wo die Städteordnung nicht eingeführt ist, muß die Deputation aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und Zwei Rathmännern, wovon der Eine durch eine der vorhin genannten Personen, oder durch ein Mitglied des Stadtraths, und auch durch einen katholischen Pfarradministrator, vertreten werden kann, zusammengesetzt sein[17]. Sämmtliche Mitglieder des Dorfgerichts und der Magistrats-Deputationen sollten deutsch schreiben und Geschriebenes lesen können, doch hat die Praxis angenommen, daß ein dorfgerichtliches Testament dadurch, daß die bei dessen Aufnahme zugezogenen Schöppen das, von dem Gerichtsschreiber aufgenommene Protokoll wegen Schreibensunkunde nicht mit ihrer Unterschrift vollzogen haben, nicht ungültig werde[17a], und wenn der Testator nicht deutsch versteht, müssen wenigstens Zwei Mitglieder der Sprache desselben mächtig sein, oder es muß die Zahl von Zwei Sprachzeugen durch Zuziehung von Dollmetschern hergestellt werden (Note 17). 2. Das Dorfgericht und beziehlich die Magistratsdeputation mußte sonst in corpore das aufgenommene Testament sogleich dem ordentlichen Richter überbringen und sich von ihm vor gehörig besetztem Gerichte über den Hergang der Sache vernehmen lassen[18]. Ein Mangel an diesen beiden Erfordernissen machte das Testament nichtig[19]. Das zweite Requisit fällt nach neuem Rechte weg; die Rechtsbeständigkeit des Testaments oder Kodizills ist von dieser persönlichen Einhändigung (die übrigens auch durch ein einzelnes Mitglied genügend soll bewirkt werden können) nicht mehr abhängig[19a]. 3. Der Richter

---

16) §. 99 das. — K. O. v. 21. Januar 1841 (G. S. S. 13).

17) K. O. v. 6. Novbr. 1834 (G. S. S. 181).

17a) Plen.-Beschl. (Pr. 1876) des Ober-Trib. v. 14. Juni 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 17).

18) I, 12, §. 95. — R. v. 10. Juni 1833 (Jahrb. Bd. XLI, S. 427). — S. o. §. 62. — Gegen diese Bestimmung wurde oft gefehlt, gewöhnlich schicken die Dorfgerichte das Testament durch einen Boten.

19) §§. 139, 97 a. a. O. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. III, S. 121; Bd. IV, S. 80. — Mathis, Bd. I, S. 147.

19a) Deklaration v. 10. Juli 1844 (G. S. S. 263). Daran knüpft sich nun die Frage: wie es mit der Vernehmung der nicht erschienenen Dorfgerichts-Mitglieder gehalten werden soll? Ist der Testator schon verstorben, so werden

hat das aufgenommene Protokoll, nebst dem überbrachten letzten Willen, wie gewöhnlich, zu verwahren. Ist jedoch der Testator noch am Leben und verfügungsfähig, so hat der Richter ihn das Protokoll, vor der Versiegelung und Niederlegung, noch genehmigen zu lassen; die Unterlassung dieser Vernehmung begründet jedoch keine Nichtigkeit[20]. VI. Testamente der Gesandten und im Staatsdienste stehenden gesandtschaftlichen Personen bei fremden Höfen. Diese Personen haben die Wahl, entweder in der an ihrem Aufenthaltsorte hergebrachten Form, oder in nachbezeichneter privilegirter Form zu testiren: Der letzte Wille muß schriftlich erklärt und die Schrift von dem Testator eigenhändig ge- und unterschrieben, auch datirt sein. Diese Schrift muß, offen oder versiegelt, mittelst eines eigenhändig geschriebenen, ebenfalls datirten Annahmegesuchs an das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten eingesandt werden, und Dieses muß das Gesuch, mit der beiliegenden Verordnung, an das Kammergericht zur Verwahrung abgeben. Die Errichtung dieser privilegirten Verordnung ist mit der Ablieferung an Denjenigen, der die Ueberbringung der gesandtschaftlichen Berichte an das Ministerium bewirken soll (Post, Kourier oder Reisender), vollendet; und die Verordnung bleibt gültig ein Jahr lang von da an, wo der Testirer nach seiner Abberufung wieder in das Inland zurückgekehrt ist oder wo er im Auslande zu bleiben sich entschlossen hat[21]. VII. Verordnungen der Eltern unter Kindern. Konstantin verordnete zuerst, daß Väter, rücksichtlich der sui, die Theilung ihrer Erbschaft unter Diesen, auf formlose Weise anordnen könnten[22], und Theodos II. dehnte solches auf die Eltern beiderlei Geschlechts aus[23]. Diese Verfügungen waren bloße Erbtheilungen unter den Intestaterben. Justinian ordnete ebenfalls anfänglich bloß die Erbtheilun-

---

dieselben zu ihrer Vernehmung vor Gericht zu bescheiden sein; ist der Tod des Testators nicht bekannt, so wird sich eine Deputation zu ihm zu begeben haben. Wird er noch dispositionsfähig angetroffen, so wird durch seine Vernehmung die Vernehmung der Dorfgerichts-Mitglieder erübrigt; kann er sich nicht mehr erklären, so werden nun die ausgebliebenen Mitglieder an Ort und Stelle zu vernehmen sein.

20) §§. 96, 97, 139 a. a. O. — Anh. §. 33. Gewöhnlich wird bei der Vernehmung des Testators ein neues förmliches Testament aufgenommen und der dorfgerichtliche Aufsatz weiter nicht gebraucht.

21) Gesetz vom 3. April 1823 (G. S. 1823 S. 40).

22) L. 16, 26 C. familiae ercisc. (III, 36). — L. 1 C. Theod. eod. (II, 24).

23) Nov. Theod., L. I, tit. 16; L. 21. §. 1 C. de testam. (VI, 23).

gen bestimmter[24]); einige Jahre später aber ordnete er, neben den elterlichen Erbtheilungen, noch eine neue förmliche Art zu testiren für die Eltern, bezüglich auf ihre Kinder, an, wodurch eine wirklich testamentarische Erbfolge eröffnet wurde[25]). Darnach unterscheidet man ein testamentum privilegiatum parentum inter liberos von einer bloßen divisio parentum inter liberos. Die landrechtliche Gesetzgebung hat davon nur die Verordnung der Eltern über „die Grundsätze, oder die Art der Theilung unter ihren gesetzlichen Erben in absteigender Linie" als eine privilegirte Testamentsform aufgenommen, kennt mithin das privilegirte testamentum parentum inter liberos, d. h. den letzten Willen, wodurch eine testamentarische Erbfolge, mit oder ohne Veränderung der Intestaterbfolge, angeordnet wird, nicht[26]). Die Form der privilegirten Erbtheilung unter ab intestato berufenen Abkömmlingen ist dreifach: a) ein eigenhändig von dem Verordnenden ge- und unterschriebener Aufsatz; b) ein von ihm zwar nicht geschriebener, aber auf allen Blättern und am Schlusse unterschriebener, und vor einem Justiz-Kommissario und zweien Zeugen anerkannter Aufsatz, unter welchem dieses Anerkenntniß und die Versicherung des Verordnenden, den Aufsatz vorher durchgelesen zu haben, vermerkt ist; c) eine mündliche, vor einem Notario und zweien Zeugen zum Protokolle gegebene Erklärung[27]). — Die Art und der Ort der Aufbewahrung ist gleichgültig.

§. 817.

b) Der Kodizille.

Kodizille können ohne Testament bestehen[1]), müssen aber in der Regel die für Testamente vorgeschriebene Form haben, können

---

24) Nov. 18 (v. 536), c. 7. — Auth. si modo (zu L. 26 C. fam. ercisc).

25) Nov. 107, v. J. 541.

26) A. L. R. I, 12, §§. 170, 171; II, 2, §§. 380a, 381. — Schles. Arch. Bd. III, S. 582 flg. Daß der §. 380a den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge voraussetze, meint auch das Ober-Trib. (Entsch. Bd. VII, S. 243).

27) II, 2, §§. 380a—380d. Unter dem Justizkommissarius ist ein Notarius zu verstehen, nicht ein Rechtsanwalt nach heutiger Betitelung.

1) I, 12, §§. 46, 256, 277—279. Ist eine erhebliche Abweichung vom R. R.

jedoch auch in der privilegirten Form, wo dieselbe zulässig ist, errichtet werden [1a]). Ausnahmsweise gelten indeß nachbezeichnete außergerichtliche Kodizille, auch ohne Uebergabe an ein Gericht. 1. Kodizille, worin Legate, die zusammen höchstens den zwanzigsten Theil des Vermögens des Erblassers ausmachen, und worin über andere das Vermögen nicht betreffende Punkte, z. E. wegen Begräbnisses, Bevormundung der Kinder u. dergl. verfügt ist. Dafür sind zwei Formen vorgeschrieben: a) eigenhändige Schrift und Unterschrift mit Beifügung des Jahres und Tages der Unterschrift; b) Aufnahme der Erklärung durch einen Notarius, unter Zuziehung eines Zeugen, und eigenhändige Unterschrift des Erblassers neben der des Notarius und Zeugen [2]). Uebersteigen die in einem oder mehrern solcher Kodizille ausgesetzten Legate den zwanzigsten Theil des Nachlasses, ohne Abzug der in einem förmlichen Testamente enthaltenen Legate: so werden sie alle verhältnißmäßig so weit ermäßigt [3]). 2. Vermächtnisse, welche der Erblasser dem anwesenden Erben, auch dem Intestat-Erben, mündlich aufgetragen hat, bis auf den zwanzigsten Theil der Portion des Belasteten. Ist der Auftrag so gefaßt, daß das Vermächtniß aus dem ganzen Nachlasse entrichtet werden soll: so müssen auch die nicht gegenwärtig gewesenen Miterben das Legat bis auf den zwanzigsten Theil der Erbschaft gelten lassen. Der Beweis des Auftrags kann auf jede im Allgemeinen zulässige Art geführt werden [4]). Bezieht sich der Auftrag auf eine, einem abwesenden Miterben im Testamente beschiedene, bestimmte Sache: so ist derselbe

1a) I, 12, §§. 7, 8, 66, 100, 139, 175, 177, 194.

2) §§. 161, 162, 169 a. a. O. — Anh. §. 34. Die Fassung des §. 161 ist nicht treffend, indem er sagt: „Legate, welche den zwanzigsten Theil des Nachlasses wahrscheinlich, oder nach der Versicherung des Erblassers, nicht übersteigen, können" zc. Nach dem Wortlaute könnte also ein Erblasser den größten Theil seines Nachlasses durch eine außergerichtliche Schrift vermachen, wenn er versichert, daß der Gegenstand seiner Verfügung den zwanzigsten Theil seines Nachlasses nicht übersteige. Daß es aber nicht so, sondern in dem Sinne, wie es im Texte vorgetragen wird, gemeint ist, ergeben die §§. 164 – 168.

3) §§. 164—168 a. a. O.

4) §§. 172—173 a. a. O. Pr. 1584, v. 6. Juni 1845. Dies ist das von Justinian eingeführte, von Neuern s. g. legatum heredi praesenti injunctum, nur mit dem Unterschiede, daß die Beweisführung nicht, wie nach R. R., bloß auf die Eidesdelation beschränkt ist. §. 12 J. de fideicommiss. (II, 23); L. 32 C. eod. (VI, 42). — L. 13 C. de reb. cred. (IV, 1).

gegen Diesen nicht wirksam[5]). 3. Kodizille, welche der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich vorbehalten hat. Das A. L. R. selbst kannte diese Kodizille im Allgemeinen noch nicht, sondern hatte nur angeordnet, daß, außer dem Falle der divisio parentum inter liberos, dergleichen Theilungsvorschriften in außergerichtlichen Aufsätzen nur alsdann gültig sein sollten, wenn es der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich vorbehalten hätte[6]). Aus Anlaß dieser Vorschrift wurde es streitig: ob überhaupt außergerichtliche Kodizille durch das darauf Bezug nehmende Testament, im Sinne des A. L. R., Kraft erhalten[7]). Diese Frage ist dahin entschieden, daß, wenn sich der Erblasser in seinem Testamente die Befugniß vorbehält, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen, oder abzuändern, und dergleichen sich im Nachlasse finden, sie mit dem Testamente gleiche Kraft haben, wenn sie von dem Testator eigenhändig unterschrieben und außerdem mit den im Testamente selbst etwa bestimmten Erforderníssen versehen sind[8]). Dabei liegt die Ansicht von den Röm. condicilli testamento confirmati zu Grunde[9]), eine Anwendung, welche dem Sinne des A. L. R. widerspricht und eine folgenwidrige Bestimmung hineingebracht hat[10]). Unzweifelhaft ist jedoch, daß durch dergleichen vorbehaltene Kodizille die in dem Testamente geschehene Erbeseinsetzung nicht geändert werden kann[11]).

---

5) §. 174 a. a. O. War nach G. R. streitig. Leyser, Spec. 401 m. 2.

6) §§. 171, 163 a. a. O.

7) S. die sich widersprechenden Urtel des Kammergerichts und des Tribunals bei Stengel, Bd. XII, S. 225 flg.

8) Anh. z. A. L. R. (I, 12, §. 163) §. 35.

9) Gutachten der Ges.-Kommiss. v. 23. Oktbr. 1800 und der darin bezogene Stryck, in Uso mod. Lib. XXIX, Tit. 7, §. 3 (N. A. Bd. I, S. 402; Rabe, Bd. VI, S. 338).

10) Das Motiv ist, weil es nie rathsam, ohne Noth von alten Gesetzen, Verfassungen und Einrichtungen abzuweichen, wobei sich der Staat bisher wohlbefunden habe; und da de lege ferenda die Rede, so würde der Satz vorgeschlagen. S. das gedachte Gutachten. Der Grund würde zwar für die Abschaffung des ganzen Titel 12, und Herstellung des früheren Testamentenrechts, aber nicht für die Einschiebung eines in das Ganze nicht passenden Satzes gelten können.

11) Entsch. des Ober-Trib. Bd. VIII, S. 272. Präj. 1201, v. 17. Oktober 1842.

§. 818.

2. Fähigkeit zu testiren.

Zur Form des Testaments gehören auch die persönlichen Fähigkeiten des Testators, zu testiren (testamenti factio). Das A. L. R. schließt sich hierin zum Theil wieder an das R. R. an, weicht jedoch dabei im Einzelnen wieder bedeutend ab. Regel ist: Soweit Jemand unter Lebendigen über sein Vermögen zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er auch von Todeswegen verfügen; die Minderjährigkeit ist dabei kein Hinderniß[1]). Die Unfähigkeit zu testiren (Intestabilität) gründet sich entweder in einem juristischen, oder in einem natürlichen Mangel. Ist ein natürlicher Mangel der Grund der Unfähigkeit, so wird das in einer solchen Unfähigkeit errichtete Testament durch den spätern Wegfall des Mangels nicht gültig; dagegen kommt das Testament eines aus einem juristischen Grunde Unfähigen regelwidrig von selbst zur Kraft, wenn der Mangel in der Folge gehoben wird[2]). I. Juristische Gründe der Unfähigkeit sind: 1. Mangel der Fähigkeit, eigenes Vermögen zu haben. Deshalb können nicht testiren: Mönche und Nonnen nach abgelegtem Klostergelübde[3]). — Aus dem Grunde, weil sie kein Vermögen haben konnten, waren, nach älterem R. R., auch Kinder in väterlicher Gewalt testamentsunfähig[4]), mit Ausnahme in Beziehung auf das peculium castrense[5]). Im Justin. R. ist der Grund zwar weggefallen, aber die testamenti factio ist solchen Kindern dennoch vorenthalten[6]). Das Pr. R. legt sie ihnen bei[7]). 2. Verlust der Verfügungs-

---

1) I, 12, §§. 9, 16.

2) §§. 11—13, 30 a. a. O. — V. v. 28. Febr. 1811 (G. S. S. 156). — Bei Willenserklärungen unter Lebenden ist es anders; dergleichen Erklärungen müssen nach gehobener Unfähigkeit vollständig wiederholt werden, weil die Mitwirkung des andern Interessenten zur Vollendung gehört. I, 5, §§. 37, 38.

3) II, 11, §§. 1199—1202.

4) L. 6 pr., 16 pr., L. 19 D. qui testam. fac. (XXVIII, 1); L. 3, §. 1 C. eod. (VI, 22).

5) L. 12 C. eod. — Pr. J. quibus non est permiss. (II, 12).

6) L. 11, L. 8, §. 5 D. de bonis quae liberis (VI, 61).

7) I, 12, §. 18. Ist folgerichtig; sie versteht sich von selbst, wenn sie nicht positiv genommen ist.

fähigkeit[8]). Aus diesem Grunde konnte nach R. R. der Prodigus nicht testiren[9]). Das Pr. R. beschränkt ihn bloß dahin, daß er zum Nachtheil des Ehegatten und jedes gesetzlichen Erben, bis zum sechsten Grade einschließlich, nur über die Hälfte dessen, was denselben ab intestato zukommen würde, soll verfügen dürfen; soweit die Verordnung diese Grenze zum Vortheil eines nicht ab intestato Berufenen überschreitet, ist sie ungültig[10]). Diese theilweise Unfähigkeit tritt ein mit der Verwarnung, welche die Verwandten dem später für einen Verschwender erklärten Testator durch einen Notarius haben zugehen lassen, falls darüber ein Notariatsinstrument aufgenommen worden ist[11]), oder, wenn dergleichen Warnung nicht geschehen ist, mit der Anbringung des Antrags auf Prodigalitätserklärung[12]). 3. Die Intestabilität. Intestabilis heißt nach R. R. eine solche Person, von welcher eine Lex verordnet, daß sie nicht Zeuge sein könne, und da man solches auch auf das Zeugniß in eigener Sache ausdehnte, so folgte daraus die Unfähigkeit zu testiren[13]). Davon ist nur ein Fall im R. R. übrig. Personen nämlich, welche Blutschande mit einander getrieben haben und des Verbrechens gerichtlich überführt worden sind, können einander durch letztwillige Verordnungen nichts hinterlassen. Diese Bestimmung ist im Pr. R. ausgedehnt auf Personen, welche Ehebruch mit einander getrieben haben, im Falle deswegen eine Ehe getrennt oder der Erblasser sonst des Ehebruchs vor Gericht überwiesen worden ist, und die Ehebrecher sich nicht, in Folge erhaltener Dispensation, geehelicht haben[14]). II. Natürliche Unfähigkeitsgründe sind: 1. Geistesunfähigkeit. Deshalb sind unfähig: a) Jugendliche Personen, deren Verstandes-

---

8) §. 10 a. a. O.

9) L. 18 pr. D. qui testam. fac. XXVIII, 1); §. 2 J. quib. non (II, 12).

10) I, 12, §§. 27—31 a. a. O. — Gans, Beiträge I, S. 147.

11) §. 33 a. a. O. Wie das auszuführen, wenn der zu Verwarnende sich nicht bei dem Notar einfindet oder von ihm antreffen läßt, ist nicht vorgeschrieben. Das Natürliche ist, den Fall wie die Einlegung eines Protestes zu behandeln, wobei, da ein Notariatsinstrument darüber verlangt wird, der Notar zwei Zeugen zuziehen müßte. Die Zustellung einer mündlichen Warnung setzt jedoch persönliche Zusammenkunft voraus, welche der Notar, im Falle der Weigerung Jenes, zu bewerkstelligen kein Mittel hat.

12) §. 32 a. a. O.

13) L. 26, L. 18, §. 1 D. qui testam. facere (XXVIII, 1).

14) §. 35 a. a. O. K. O. v. 28. Februar 1811 (G. S. S. 156). — L. 6 C. de incestis (V, 5).

kräfte noch nicht hinlänglich entwickelt sind. Dies wird angenommen von allen Personen ohne Unterschied des Geschlechts, welche das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben; wer dieses Alter hat, kann testiren[15]. b) Wahn- und Blödsinnige, wenn und so lange sie unter Vormundschaft stehen, und außerdem, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung erweislich nicht bei Verstande gewesen sind[16]. Ist von einer, wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft gestellten, Person innerhalb Eines Jahres vor Anordnung der Vormundschaft eine letztwillige Verordnung gemacht: so muß der darin Bedachte die Geistesfähigkeit des Testators beweisen[17]. c) Wer durch Zwang, Irrthum, Betrug, Trunkenheit oder heftige Leidenschaften an dem Gebrauche seines freien Willens gehindert ist. Der Beweis dieses Zustandes findet gegen gerichtlich an- oder aufgenommene Verordnungen nur alsdann statt, wenn zugleich eine Pflichtwidrigkeit des Richters behauptet wird[18]. 2. Körperliche Mängel oder Zustände, welche den Ausdruck der Willensmeinung unmöglich machen. Daher können taube oder stumme Personen, welche sich weder mündlich noch schriftlich noch durch eine hinlänglich verständliche Zeichensprache auszudrücken vermögen, nicht testiren[19]. Andere Gebrechen sind kein Hinderniß.

III. Inhalt.

§. 819.

1. Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung ist die Anordnung einer Universalsuccession, d. i. die Berufung zur Nachfolge in den Inbegriff des Ver-

---

15) §. 16 das. — S. o. §. 45 a. E.

16) Der Einwand, daß der Testator zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens blödsinnig gewesen sei, findet, wenn er auch nachher wegen Blödsinns unter Vormundschaft gesetzt worden ist, gegen ein gerichtliches Testament nicht statt, bei dessen Aufnahme der Richter sich überzeugt hat, daß der Testator seines Verstandes mächtig sei. Pr. 1998, v. 27. März 1848. Der Beweis muß in einem solchen Falle auf den Dolus des Richters gehen.

17) §§. 20—22, 145 dies. Tit.

18) §§. 23—25 a. a. O. Der Satz kann überhaupt nur dann von praktischer Wichtigkeit sein, wenn der Testator in der Unfreiheit stirbt; sonst kann er eine Verordnung, womit er in Wahrheit nicht einverstanden ist, jeden Augenblick widerrufen.

19) §. 26 a. a. O. — S. o. §. 815, No. II, 1—4. — Vergl. L. 10 C. **bui testam. facere (VI, 22); L. 6, §. 1, L. 7, 16 pr. D. eod. (XXVIII, 1).**

mögens des Erblassers, gleichviel, ob in den ganzen Inbegriff (ex asse), oder in einen gleichartigen Theil davon. Der Gegensatz davon ist die Berufung zu einzelnen Sachen oder Rechten, ohne Theilnahme an den aus der Nachfolge in den Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris, §. 93) entstehenden Rechtsverhältnissen und Berechtigungen (Singularsuccession). Dergleichen, Zuwendungen von Einzelheiten heißen Legate oder Vermächtnisse und unterscheiden sich von der Erbschaft wesentlich darin, daß sie auf Freigebigkeit beruhen und Schenkungen, im weitern Sinne des Begriffs, sind (donationes a defuncto relictae), was sich von der Erbschaft darum, weil sie auch aus Schulden bestehen kann, nicht sagen läßt[1]). Hierdurch allein unterscheidet sich noch von der Erbschaft das Legat einer universitas juris, namentlich das schon im Justinian'schen Rechte unpraktische legatum partitionis[2]), welches in einem verhältnißmäßigen Theile der Erbschaft, ohne die Schulden auf die Person (denn auf dem Inbegriff bleiben sie allerdings haften) zu übertragen, besteht und die Bedeutung hat, daß dem legatarius partiarius der Werth des Erbtheils nach Abzug der Schulden aus der Erbschaft zusteht[3]). Die Erinnerung an dieses Legat hat, wiewohl dasselbe einen mit den sacris privatis zusammenhängenden geschichtlichen Grund, der schon zu Justinians Zeiten längst weggefallen war, hatte und noch viel weniger für uns paßt, eine ganz ähnliche Bestimmung zur Folge gehabt, indem, in Widerspruch mit der Begriffsbestimmung des Legats als „einzelner bestimmter hinterlassener Sachen oder Summen"[4]), auch „Antheile des Nachlasses" als Legat hinterlassen werden können[5]). Folgerecht im Sinne des A. L. R. wäre es gewesen, Jeden, dem ein aliquoter Theil der Verlassenschaft beschieden wird, als Erben anzusehen. Die Erbeseinsetzung kann nur in einem Testamente vorkommen[6]), was jedoch, abgesehen von den außergerichtlichen Kodizillen, nur eine nominelle Bedeu-

---

1) §§. 3—6, 45 a. a. O.; II, 1, §. 455. — L. 36 D. de leg. II; §. 1 J. de leg. (II, 20).

2) Ulpian. XXIV, §. 25; XXV, §. 15. — Gajus II, §. 254.

3) L. 26, §. 2, L. 27 D. de legatis I.

4) §. 6 a. a. O. R. v. 18. April 1797. (Stengel, Bd. V, S. 101; Rabe, Bd. IV, S. 97).

5) §§. 256, 257 a. a. O. Dadurch wird der Legatar den Gläubigern nicht verhaftet.

6) §. 3 a. a. O. — S. o. §. 817, Note 11.

tung im Pr. R. hat (§. 814). II. Die Erbeseinsetzung ist an keine Form und an keine bestimmte Stelle im Testamente gebunden, es genügt jeder Ausdruck und jede Erklärung, woraus erhellet, daß eine bestimmte, von Andern hinlänglich unterscheidbar bezeichnete Person Nachfolger des Testators in den Inbegriff als Einheit gedacht, für das Ganze oder für einen Antheil, sein solle [7]). Der Name „Erbe" entscheidet dabei gar nichts, vielmehr gilt Derjenige, der nach der erklärten Absicht des Testators den Nachlaß als Ganzes haben soll, als Erbe, wenn er auch nicht so genannt worden ist, wie umgekehrt ein „Erbe" Genannter nur als Legatarius angesehen wird, wenn ihm der Gegenstand ausdrücklich nur als eine Einzelheit zugedacht ist [8]). Eine unbestimmte Erbeseinsetzung, d. i. eine solche, wodurch die Person des Erben durch ein gewisses Ereigniß bestimmt werden soll, ist nicht gestattet [9]); wohl aber beziehliche Bezeichnung des Erben (testamentum misticum), namentlich durch Bezugnahme auf einen andern Aufsatz, der jedoch nicht, wie im R. R., ein außergerichtliches Kodizill sein kann, sondern dem Testamente selbst, besonders versiegelt oder nicht, beigelegt, d. h. mit dem Testamente in Einen Umschlag versiegelt werden muß [10]), woran durch den später in das A. L. R. wieder aufgenommenen Satz (§. 817, Nr. 3) nichts geändert ist. Einem Dritten kann die Ernennung des Erben oder Legatars nicht überlassen werden [11]). Der Satz des R. R. aber, daß Niemand Erbe auf eine bestimmte Zeit sein könne, (semel heres semper heres) gilt nach Pr. R. nicht, vielmehr kann die Erbeseinsetzung ebensowohl unter einer Suspensiv- wie unter einer Resolutiv-Bedingung, oder von einer bestimmten Zeit an wie auch bis zu einer gewissen Zeit, gültig geschehen; im ersten Falle gilt der Testaments-, im andern Falle der Intestat-Erbe für substituirt [12]). III. Der einge-

---

7) §§. 4, 45 a. a. O. — Galt schon im Justin. R. — L. 24 C. de test. (VI, 23); §. 34 J. de leg. (II, 20).

8) §§. 254—258 a. a. O.

9) L. 9, §§. 8, 9, L. 58, L. 62, §. 1 D. de hered. instituend. (XXVIII, 5). Anders nach Justinian. L. 1 C. de incertis pers. (VI, 48); §. 25 J. de leg. (II, 20).

10) §§. 47, 48 a. a. O. Aehnlich wie nach R. R. Vergl. L. 57 D. eodem.

11) §. 49 a. a. O. — L. 32 pr. D. eodem.

12) §§. 53, 259, 260, 478, 489 a. a. O. — Anders nach L. 34, 23 pr. D. eod. — §. 9 J. eod. (II, 14).

setzte Erbe muß die Fähigkeit, aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben (testamenti factio passiva), haben, und zwar zur Zeit des Erbanfalls[13]). Regel ist: Wer im Allgemeinen erwerbungsfähig ist, kann auch aus letztwilligen Verordnungen erwerben; das Staatsbürgerrecht ist an sich dazu nicht erforderlich, hinsichtlich ausländischer Personen soll aber das Retorsionsrecht beobachtet werden[14]). Besitzunfähigkeit hinsichtlich gewisser Sachen macht nicht erwerbungsunfähig, sondern nöthigt nur, die Sache an einen Besitzfähigen binnen Jahresfrist zu veräußern oder sich die Fähigkeit zu verschaffen[15]). Mit der Meinung des ältern R. R. (Note 9) hing zusammen, daß auch juristische Personen nicht eingesetzt werden konnten, sie müßten denn ein Privilegium darauf gehabt haben oder durch Einsetzung der einzelnen physischen Personen, woraus sie bestanden, berufen worden sein[16]). Justinian hat dies geändert[17]) und das Pr. R. hat die Anordnung insoweit, als Es den juristischen Personen Erwerbungen aus Freigebigkeit gestattet (§. 58), beibehalten[18]). Zwischen nachbenannten Personen besteht gar keine oder nur eine beschränkte Testamentsfähigkeit: 1. Personen, welche Ehebruch oder Blutschande mit einander getrieben haben, können, wenn sie Dessen vor Gericht überführt worden sind, oder wegen des Ehebruchs eine Ehe getrennt worden ist, einander gar nichts letztwillig zuwenden (§. 818, I, 3). 2. Eine Frau zur linken Hand kann, wenn bei Eingehung der Ehe Kinder des Mannes aus einer rechten Ehe vorhanden waren, selbst wenn dieselben in der Folge gestorben sind, von dem Manne nicht zum Erben berufen werden, sondern nur ein Vermächtniß erwerben, welches den zehnten Theil des Nachlasses, nach Abzug der Schulden, nicht übersteigen darf; was mehr zugewendet ist, gilt für nicht

---

13) §. 43 a. a. O. Das R. R. sieht auch auf die Zeit der Testamentserrichtung; aber **media tempora non nocent.** L. 6, §. 2, L. 49, §. 1, L. 50 pr., L. 59, §. 4 D. eod. — §. 4 J. de hered. qual. (II, 19). Die bloß historischen Gründe hiervon (die Grundform des röm. Testaments) waren schon zu Justinian's Zeiten nicht mehr gültig, daher die Bestimmung des R. R. des inneren Bedürfnisses entbehrt.

14) §§. 36, 40 a. a. O. — Das R. R. erfordert das Staatsbürgerrecht. L. 6, §. 2 D. eod. — L. 1 C. eod. (VI, 24); Ulpian. XXII, §§. 2, 3.

15) §§. 41, 42 a. a. O. Der Satz ist im heutigen Rechte nur noch von geringer Bedeutung. Auf Apotheken findet er noch Anwendung.

16) L. 8 C. de hered. instit. (VI, 24); Ulpian. XXII, §§. 5, 6.

17) L. 1 C. de incertis personis (VI, 48).

18) §§. 37—39 a. a. O. S. o. §. 58. — Elvers theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen. Gött. 1827.

geschrieben[19]). IV. Der Gegenstand der Erbeseinsetzung muß, ihrem Begriffe zufolge, das Vermögen des Erblassers als ein Ganzes sein, doch nicht im Sinne des R. R., daß die Einsetzung auf das ungetheilte Ganze gehen (ex asse sein) müßte, so daß eine quotitative oder quantitative Beschränkung in Verbindung mit der Berufung nur Eines Erben für nicht geschrieben erachtet würde[20]), sondern in dem Sinne, daß der Vermögensinbegriff als Einheit gedacht, gleichviel in welchem Umfange, der Gegenstand sein muß[21]). Ist der ernannte Erbe nur auf einen Theil eingesetzt oder sind mehrere Erben berufen, so daß nicht Einer allein das Ganze erhält, so ist der Theil eines Jeden nothwendig eine Quote, niemals irgend ein reeller Theil, z. E. der des Einen das bewegliche und der des Andern das unbewegliche Vermögen, vielmehr wird, wenn unter mehreren Erben Einer oder Einige auf einzelne Gegenstände wirklich eingesetzt worden sind, eine solche Verordnung für eine Theilungsvorschrift angesehen, wenn sie nicht ein Prälegat enthält welches zu bestimmen Sache der Auslegung ist[22]). Ist aber einem Mitberufenen ausdrücklich zu seinem Erbtheile nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente angewiesen worden, so ist er bloßer Legatarius nicht bloß im Verhältnisse gegen die übrigen Erben, sondern auch im Verhältnisse zu den Nachlaßgläubigern[22a]). Sind mehrere Erben eingesetzt, so gelten folgende Regeln: 1. Ist über die Antheile nichts bestimmt, so sind Alle zu gleichen Theilen eingesetzt[23]). 2. Sind Alle mit einer bestimmten Summe (pars quanta) oder mit einzelnen Sachen eingesetzt: so gelten diese für Prälegate[24]). 3. Sind alle auf Quoten eingesetzt und das Ganze ist dadurch nicht erschöpft, so akkreszirt ihnen das Uebrige nach Verhältniß ihrer Erbtheile, wenn erhellet, daß ihnen wirklich das

---

19) II, 1, §§. 904—908.

20) §. 5 J. de hered. inst. (II, 14); L. 33, L. 1, §. 4, L. 74 D. eod. (XXVIII, 5).

21) I, 12, §§. 45, 254, 255.

22) §§. 262—267 a. a. O. — Vergl. L. 9, §. 13, L. 10, 11, 35, 78 pr. D. eod. — L. 13 C. eod. (VI, 24).

22a) §. 263 a. a. O. — Präj. des Ober-Trib. Nr. 1867, v. 30. April 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 462).

23) §. 261 a. a. O. — L. 9, §. 12, L. 14 D. eod. — §§. 4—6 J. eod.

24) §. 266 a. a. O. — L. 35 pr. §§. 1, 2, L. 78 pr. D. eod.

Ganze hat zugewendet werden sollen[25]). 4. Sind Einige mit Quoten und Andere ohne nähere Bestimmung eingesetzt: so erhalten Diese den Ueberrest[26]). 5. Ist nichts übrig, so erhalten die Letztern den Pflichttheil, ohne Anrechnung des Prälegats[27]); sind sie aber nicht Notherben, so erhalten sie, wenn die auf bestimmte Erbtheile Eingesetzten gleiche Quoten haben sollen, mit ihnen gleiche Theile; sind jedoch die Quoten ungleich: so erhält Jeder von ihnen mit Demjenigen, dem die geringste Quote zugedacht ist, gleichen Antheil[28]). 6. Will oder kann Einer von mehreren Erben seine Portion nicht erwerben, so tritt das Recht des Zuwachses (jus accrescendi), wie im R. R., ein, d. h. der erledigte Erbtheil fällt nicht an den Intestaterben, sondern wächst den übrigen Testamentserben zu, wenn nicht der Testator den Zuwachs ausdrücklich verboten hat[29]). Der Grund davon ist im R. R. die Regel: nemo pro parte testatus etc., daher das Zuwachsrecht da, wo diese Regel nicht gilt, wie bei dem testamentum militis, nicht eintritt[30]); das Pr. R. hat dasselbe ohne seinen Grund beibehalten. Der erledigte Erbtheil fällt den übrigen Erben nach Verhältniß ihrer Antheile zu, ausgenommen, wenn von Mehrern, welchen zusammen auf ihren Antheil Sachen und Rechte ungetheilt angewiesen sind (conjuncti), Einer wegfällt, wo das Recht des Zuwachses, hinsichtlich dessen Antheils, zunächst den Verbundenen zusteht[31]). Der

---

25) §§. 264, 265, 254, 255 a. a. O. — L. 13, §§. 2, 3; L. 9, §. 15 D. eod. — §§. 5, 7 J. eod.

26) §. 268 a. a. O. — §. 6 J. eod.

27) §§. 272, 273 das. Alle diese Bestimmungen sind bloße Willensauslegungen.

28) Dieses ist der natürlichste Sinn des dunkeln §. 269. Die Quoten sämmtlicher mit bestimmten Antheilen eingesetzten Erben müssen also reduzirt und durch künstliche Berechnung gefunden werden. Dafür spricht auch II, 2, §§. 448, 445. Anscheinend dagegen sind §§. 444, 446 das, und I, 12, §. 272. Doch lassen diese Bestimmungen sich noch von der künstlich berechneten, reduzirten Quote deuten. Das Ergebniß der landrechtlichen Bestimmungen ist somit das Doppelas (dupondium) des R. R. L. 17, §§. 3, 4, L. 18, L. 20, §. 1 D. eod. — §§. 6, 8 J. eod. — S. über die Auslegung des §. 269 d. T. noch Schweikart, in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 189.

29) I, 12, §. 285. Vergl. unten §. 849.

30) L. 37 D. de testamento militis (XXIX, 1).

31) §§. 281—284 a, a. O. Vergl. §. 368 das. — Ganz anders nach L. 59, §. 2, 3, L. 63, 66 D, de hered. instit. (XXVIII, 5). — L. un. §. 10 C. de cad. toll. (VI, 50). — Korte, Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Pr. R.; in Ulrich's Archiv, Bd. II, S. 476.

Zuwachs kann nicht ausgeschlagen werden, verpflichtet aber nicht, auf die darauf angewiesenen Vermächtnisse mehr zu leisten, als soweit er hinreicht[32]). Hat der Testator den Zuwachs verboten, so tritt bei dem erledigten Erbtheile die Intestaterbfolge ein (Note 29).

2. Substitutionen.

§. 820.

a) Das Allgemeine.

Substitution heißt eine Art von Erbeseinsetzung. Näher läßt sich der allgemeine Begriff für alle Arten nicht bestimmen. Das Pr. R. kennt drei verschiedene Arten: 1. Die gemeine Substitution (substitutio vulgaris), welche in der Ernennung eines zweiten Erben unter der Bedingung: wenn der zuerst Berufene nicht Erbe sein könnte oder wollte, besteht; 2. die Pupillarsubstitution (s. pupillaris), d. i. die Ernennung eines Erben für einen Dritten; 3. die fideikommissarische Substitution, wodurch zwei oder mehrere Erben nach einander berufen werden. Sie verhalten sich so zu einander, daß die gemeine Substitution niemals eine Andere vorstellt oder in sich faßt; daß dagegen die Pupillarsubstitution, wenn sie als solche nicht wirksam wird, als eine Gemeine gilt, so wie daß unter der fideikommissarischen allemal zugleich die gemeine Substitution verstanden wird[1]).

§. 821.

b) Gemeine Substitution.

I. Die gemeine Substitution ist eine Erbeseinsetzung gewöhnlicher Art, unter der Bedingung: wenn der bereits ernannte Erbe nicht Erbe werden würde. Es sind also Zwei Erben ernannt: der Eine unbedingt, der Andere (heres substitutus) eben unter der Bedingung. Es können aber dem unbedingten Erben auch Mehrere,

---

32) §§. 286, 287 a. a. O. — Vergl. L. 6 C. de impuberum (VI, 26).

1) §§. 50, 51, 52, 58, 60 das. — L. 2, §. 6, L. 4 pr. D. de vulgari (XXVIII, 6).

und umgekehrt kann Einer Mehreren substituirt werden[2]). Ist der eingesetzte Erbe ein Kind des Testators, so sind seine Kinder von selbst substituirt[2a]). Zweck der Substitution ist, eines Theils den Eintritt der Intestaterbfolge zu verhindern[3]) und andern Theils das Zuwachsrecht auszuschließen[4]): die wechselseitige Substitution der eingesetzten Erben ist weiter nichts als eine Bestätigung des sich von selbst verstehenden Zuwachsrechtes. Die Bedingung der Substitution, daß nämlich der zuerst Eingesetzte nicht Erbe wird, kann in zwei Fällen erfüllt werden, nämlich: wenn er nicht Erbe werden kann (casus impotentiae), oder wenn er nicht will (casus voluntatis). Auslegungsregel ist: die Substitution bezieht sich auf beide Fälle, wenn auch nur des einen Falles gedacht ist[5]). Sind mehrere Substituten nach einander ernannt, so muß der Vorbenannte immer erst wegfallen, ehe der Nachbenannte dazu kommt[6]). Die Fähigkeit des Substituten, Erbe zu sein, wird nach der Zeit, wo die Bedingung eintritt, beurtheilt[7]). II. Bei dieser Substitution finden, wie bei jeder bedingten Erbeseinsetzung, bezüglich auf die Folgen, drei Fälle statt: 1. Die Bedingung ist noch unentschieden (conditio pendet). In diesem Falle findet sich eine erhebliche Verschiedenheit zwischen dem R. und Pr. R. Nach R. R. ist während dieser ganzen Zeit dem Substituten noch gar nichts deferirt, er hinterläßt mithin auch seinen Erben nichts, wenn er unterdeß, selbst erst nach dem Tode des Testators, stirbt[8]). Das Pr. R. aber giebt dem Substituten schon mit dem Tode des Erb-

---

2) L. 36, §. 1 D. de vulgari substit. (XXVIII, 6); §. 1 J. eod. (II, 15).

2a) II, 2, §. 443.

3) I, 12, §. 277. Nämlich in dem Falle, wenn nur ein Testamentserbe ernannt ist und dieser nicht Erbe wird, oder wenn sämmtliche Testamentserben wegfallen. Denn wenn von mehreren Miterben auch nur Einer nicht ausschlägt, so kann wegen des Zuwachsrechts die Intestaterbfolge nicht eintreten. Vergl. unten §. 849.

4) §§. 281, 459 a. a. O.

5) §. 52 a. a. O. — L. 4 D. de acquir. heredit. (XXIX, 2). Das gilt auch von Legatarien. Pr. 1953, v. 27. März 1848.

6) L. 1 pr., L. 36 pr., L. 13 D. vulgari substitut. (XXVIII, 6).

7) §. 460 a. a. O. — S. o. §. 819, Note 13. Entspricht dem Grundsatze des L. R. nicht, vielmehr müßte lediglich auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen werden, da mit diesem Tage das bedingte Erbrecht dem Substituten wirklich erworben wird, weshalb er es denn ja auch weiter vererbt, wenn er vor Eintritt der Bedingung verstirbt. Anders aus andern Gründen nach R. R.

8) L. 3, 81 D. de acquir. vel omitt. hereditate (XXIX, 2); L. 23 D. de vulgari (XXVIII, 6); L. 45, §. 1 D. eod.

lassers ein vererbliches Recht; stirbt der Substitut früher, ehe es sich entscheidet: ob der Erstberufene die Erbschaft annehmen oder ausschlagen wird; so können seine Erben an seiner Stelle die später ausgeschlagene Erbschaft annehmen[9]). 2. Die Entscheidung tritt mit dem Ablaufe der Deliberationsfrist ein: entsagt bis dahin der Erbe der Erbschaft, so tritt der Substitut an dessen Stelle[10]). Wer von mehreren Miterben, die sich wechselseitig substituirt sind, die Erbschaft ausschlägt, kann nachher nicht mehr als Substitut eintreten[11]). Sind mehrere Institute nebeneinander substituirt und die Theile nicht bestimmt, so wird dasselbe Verhältniß, unter welchem sie instituirt sind, angenommen[12]); ist aber gleichzeitig ein Fremder neben Instituirten substituirt, so erhält er nach R. R. für sich einen Kopftheil und der Rest des Erbtheils wird unter die übrigen Substituten nach jenem Verhältnisse vertheilt[13]); nach den Grundsätzen des Pr. R. aber ist es hier wie bei einer Erbeseinsetzung Mehrerer, von welchen Einige auf bestimmte Theile und Andere ohne einen bestimmten Antheil eingesetzt sind[14]). 3. Die Bedingung fällt weg (conditio deficit), wenn der Eingesetzte, entweder durch ausdrückliche Antretung oder durch Stillschweigen bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist[15]), die Erbschaft angenommen hat, und wenn der Substitut vor dem Erblasser stirbt[16]). Mit dem Wegfall der Bedingung erlischt die Substitution, sie lebt jedoch in dem erstern Erlöschungsfalle wieder auf, wenn der Erbe die erworbene Erbschaft wieder verliert[17]).

---

9) §. 462 a. a. O. Oder sie treten vielmehr ipso jure ein.

10) I, 9, §. 406.

11) Gemeinrechtlich ist dies streitig, wegen L. 23 D. de vulgari substit. (XXVIII, 6), und im A. L. R. ist des Falles nicht besonders gedacht; der Satz ergiebt sich jedoch aus I, 9, §§. 401, 405, 406 verb. mit I, 12, §. 286. Anders nach L. 76, §. 1 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

12) L. 5, 24, 41, §. 1 D. eod. — L. 1 C. eod. (VI, 26); §. 2 J. eod. (II, 15).

13) L. 32 D. eodem.

14) Vergl. §. 458, 268 dies. Tit. Das Verhältniß scheint den Verfassern nicht klar bewußt gewesen zu sein.

15) I, 9, §§. 383, 421, 412. L. 5 C. de impuberum (VI, 26).

16) I, 12, §. 462. Anders nach R. R. S. o. Note 8 u. L. 9 D. de suis (XXXIX, 16).

17) §. 464 a. a. O. Ein Fall dieser Art ist §. 599 das.

§. 822.

c) Pupillar-Substitution.

A. L. R. II, 2, §§. 521—554. — Eine Geschichte dieser Substitution enthält die Diss. von **Küstner** (**Richter**), de pupillari testamento praeterito impuberis matre rato. Lips. 1788.

I. Die Pupillar-Substitution ist eine Erbeseinsetzung für ein unmündiges Kind, unter der Bedingung, daß dasselbe in der Unmündigkeit stirbt[18]). Sie ist also von der gemeinen Substitution ganz verschieden; nur darin berühren sich Beide, daß der Testator sie alternative verbinden kann, und da solches bei den Römern gewöhnlich war, so galt im R. R. die Vermuthung, daß, wenn für einen Unmündigen auch nur die eine Art von Substitution angeordnet worden, die andere gleichfalls darin enthalten sei[19]). In dem Pr. R. ist davon nur übrig, daß die Pupillar-Substitution die Gemeine in sich begreift (§. 820, Note 1). 1. Nur der leibliche Vater hat die Befugniß, seinem Kinde für das ganze Vermögen, ohne Unterschied des Ursprungs, solchergestalt einen Erben zu ernennen[20]), doch muß wol dabei, wie im R. R.[21]), die väterliche Gewalt vorausgesetzt, und für die besondern Fälle, wo dieselbe während der Unmündigkeit des Kindes verloren geht[22]), angenommen werden, daß der Vater in dieser Hinsicht nur die der Mutter eingeräumte Befugniß (II) habe; bestimmt ist zwar darüber nichts, die ausgedehnte Befugniß des Vaters an sich hat jedoch ihren Grund in der väterlichen Gewalt[23]). Darum muß auch dem Großvater, welcher seinen Sohn noch in Gewalt hat, die Befugniß für seine Enkel aus demselben pupillaliter zu substituiren, kraft seiner väterlichen Gewalt zugestanden werden; wogegen außer diesem Falle die Großeltern und weitere Ascendenten keine derartige Befugniß haben[23a]). 2. Es ist nicht, wie nach R. R., gleich-

---

18) II, 2, §. 521. — L. 2 pr., §. 1, L. 7, 14, 15 D. de vulgari et pupillari (XXVIII, 6).

19) L. 2, §. 6, L. 4 pr., §§. 1, 2 D. eod.; L. 4 C. eod. (VI, 6).

20) II, 2, §. 523. Der Adoptivvater nicht. §. 694 das.

21) L. 2 pr., L. 41, §. 2 D. eod. — §. 9 J. de pupillari (II, 16).

22) II, 2, §§. 255 flg.

23) Der §. 542 das. ist eine Anwendung davon.

23a) Das Nähere s. m. in m. Beurtheilung der ersten zehn Bände der

gültig, ob das Kind, welchem substituirt werden soll, enterbt oder eingesetzt wird, vielmehr steht die Befugniß nach Pr. R. hinsichtlich der enterbten Kinder in der Regel nicht zu; eine Ausnahme gilt nur bei der Enterbung aus guter Absicht[24]). 3. Auch[25]) in Ansehung der Form weicht das Pr. R. von dem Röm. in allen Stücken ab: der Vater kann in seinem eigenen Testamente substituiren oder auch ein besonderes Testament (secundae tabulae) für sein Kind errichten, dieses auch dann, wenn er für sich selbst kein Testament macht[26]). Beide Verordnungen, selbst wenn nur Ein Testament darüber vorhanden, gelten für zwei verschiedene Testamente ohne innern Zusammenhang, bedingen sich mithin einander in ihrer Gültigkeit nicht, daher auch der in Einer Person für beide Erbschaften eingesetzte Erbe die Eine ausschlagen und doch die Andere annehmen kann[27]). 4. Der Vater muß die Pflichttheilserben des Kindes berücksichtigen, kann sie aber, aus solchen Gründen, welche das Kind selbst zur Enterbung berechtigen würden, auch enterben. Die voll- und halbbürtigen Geschwister des Kindes muß er wenigstens auf die Hälfte der Intestaterbportion einsetzen; erst unter den entferntern Verwandten hat er freie Auswahl, ohne Unterschied des Grades, aber Fremde darf er, auch nicht als Miterben oder Legatarien, einsetzen, so lange ein Blutsverwandter vorhanden ist[28]). 5. Außer den allgemeinen Gründen giebt es noch folgende eigenthümliche Erlöschungsgründe für die Pupillar-Substitution: a) Verlust der väterlichen Gewalt[29]); b) Erreichung der Mündigkeit[30]); c) Tod des Substituten vor

---

Entscheid. des Obertrib. S. 211. Darnach ist das Präjud. des Obertrib. 490, v. 25. Juni 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 14), lautend: die Befugniß zur Anordnung einer Pupillar-Substitution steht nur den Eltern, nicht den Großeltern und den entfernteren Verwandten in der aufsteigenden geraden Linie zu, — zu modifiziren.

24) §. 524 a. a. O. — L. 1, §. 2, L. 6 D. eod. — §. 4 J. eod.

25) Das ganze Institut beruhet auf der Röm. Ansicht von der väterlichen Gewalt und paßt nicht zu den dem A. L. R. zu Grunde liegenden Ansichten.

26) §§. 525—527 a. a. O. Das Gegentheil gilt nach R. R.; nur der miles ist auch hierin privilegirt. §. 5 J. eod. — L. 1, §. 3, L. 2, §. 1 D. eod. — L. 15, §. 5 D. test. mil. (XXIX, 1).

27) §§. 528, 529 a. a. O. Das Gegentheil gilt nach L. 10, §. 2, L. 38 §. 3 D. de vulg. et pup. subst., und L. 11 D. testamenta quemadmodum (XXIX, 3), weil beide Testamente, die Eins sind, durch das Ausschlagen der einen Erbschaft destitut werden.

28) §§. 530—539 a. a. O. Ist Alles neues Recht.

29) §. 542 das. — S. o. Note 21.

30) §§. 540, 541 a. a. O. — §. 8 J. de pupillari (II, 16).

dem Kinde[31]). II. Die Befugniß zur Pupillar-Substitution giebt das Pr. R. auch der Mutter, doch nur in Ansehung des von ihr auf das Kind vererbten Vermögens, selbst wenn es nur der Pflichttheil ist[32]). Auch den Adoptiveltern muß in dieser Ausdehnung die Befugniß, nach Pr. R., zuerkannt werden[33]). III. Das dem neuern R. R. angehörige Institut der s. g. substitutio exemplaris s. quasi-pupillaris, d. i. der Einsetzung eines Erben für einen der Unmündigkeit entwachsenen, aus natürlichen Gründen Testamentsunfähigen, ist gleichfalls beibehalten, doch mit einer Einschränkung. Nach älterm R. R. konnte in jedem einzelnen Falle die Befugniß, einer solchen Person pupillariter zu substituiren, durch kaiserliches Rescript erlangt werden[34]). Justinian gab diese Erlaubniß allgemein, nicht bloß dem Vater, sondern allen Aszendenten ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, ohne Unterschied des Geschlechts und ohne Unterschied des Grades, vorausgesetzt jedoch, daß der Geisteskranke oder Taubstumme unmittelbarer Intestaterbe des Aszendenten war, und mit der Beschränkung, daß zunächst die Kinder, in deren Ermangelung die Geschwister des Kranken eingesetzt werden mußten, und erst wenn auch Geschwister fehlten, Fremde berufen werden konnten[35]). Das Pr. R. giebt die Befugniß, mündigen Kindern, welche wegen Wahn- oder Blödsinns, oder wegen Taubheit und Stummheit unfähig sind zu testiren, pupillariter zu substituiren, nur dem Vater, und nur insofern der Vater davon nicht Gebrauch gemacht hat, auch der Mutter, von entferntern Aszendenten ist nicht die Rede[36]). 1. Das Erforderniß der Unfähigkeit des Kindes braucht nur zur Zeit des Todes des Testators dagewesen zu sein; aber das Testament, welches der Unfähige selbst schon vor seinem Krankheitszustande gültig errichtet hat, wird durch die Substitution nicht aufgehoben, geht ihr viel-

---

31) §. 543 a. a. O. — L. 8, §. 1, L. 10 pr. D. eod. (XXVIII, 6). War nach G. R. streitig, wegen L. 59 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

32) §§. 521, 522, 544 a. a. O. Vergl. o. die Note 23a.

33) Folgt einestheils aus §§. 691 und 692 d. T., anderntheils daraus, daß hierin das R. R. weder ausdrücklich noch folgeweise abgeändert worden ist. L. 10, §. 6 D. de vulgari et pupillari substitut.; L. 22, § 1 D. de adopt. (I, 7).

34) L 43 pr. D. de vulgari et pupillari (XXVIII, 6).

35) L. 9 C. de impuberum (VI, 26); §. 1 J. de pupillari (II, 16).

36) §§. 545, 546, 549, 550 dies. Tit. S. das Pr. 490, v. 25. Juni 1838 (Note 23a), u. m. Beurtheilung der Entscheidungen, S. 211 ff.

mehr vor[37]). 2. Diese Substitution erlischt: a) wenn das Kind gesund oder dispositionsfähig wird; ein Rückfall stellt sie nicht wieder her[38]); b) wenn er mit Hinterlassung eines Notherben (einer Ehefrau oder pflichttheilsberechtigter Abkömmlinge) stirbt[39]).

§. 823.

d) Fideikommissarische Substitution.

I, 12, §§. 53—55, 58, 59, 466—477. — van de Wynpresse, de fideicommissorum Romanorum historia, Lugd. B. 1822. — Mecus, D. de fideicommissariis hereditatibus, Lov. 1819.

I. Die fideikommissarische Substitution besteht in der Einsetzung eines Zweiten Erben oder Legatars (Fideikommissarius), an welchen der Ersteingesetzte (Fiduziarius) die wirklich erworbene Erbschaft oder das Vermächtniß herausgeben soll[1]); das Pr. R. macht jedoch die Wirksamkeit derselben nicht davon abhängig, daß der Erste wirklich Erbe wird, sondern legt ihr zugleich die Bedeutung der gemeinen Substitution bei[2]), so daß der Substitut, wenn der Ersternannte die Erwerbung ausschlägt, unmittelbar antreten kann. Diese Substitution kann, wie die Gemeine, Grade haben, so daß Jeder Substitut den Gegenstand immer wieder an den ihm unmittelbar Nachgesetzten herausgeben muß. Bezweckt die Anordnung das Beste einer gewissen Familie und soll die Herausgabe von Geschlecht zu Geschlecht geschehen, so heißt solches ein beständiges Familien-Fideikommiß (§§. 300 flg.). Das Pr. R. beschränkt die fideikommissarischen Substitutionen in Fällen, wo gesetzlich kein Familienfideikommiß stattfindet, auf den ersten und zweiten Substitu-

---

37) §§. 547, 548 a. a. O.

38) §§. 552, 553 das. — Vergl. die Note 35 angeführten Stellen.

39) §. 551 a. a. O. Hier heißt es zwar „mit Hinterlassung einer Ehefrau oder ehelicher Abkömmlinge," doch hat dadurch wol hinsichtlich der unehelichen Kinder im Verhältnisse zu ihrer Mutter (§. 656 das.) nichts geändert werden sollen. Der Erlöschungsgrund, entnommen aus L. 43 pr. D. de vulg. (XXVIII, 6), ist übrigens nach G. R. bestritten. Löhr, über const. 9 C. VI, 26; im Archiv für civil. Praxis, Bd. V, S. 114.

1) §. 53 a. a. O. — Das ältere R. R. behandelte die Restitution wie eine venditio hereditatis.

2) §. 58 a. a. O. Das R. R. half durch Zwang zur Antretung. Tit. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1). — Gajus II, §§. 254—258.

ten[3]). Ist der Gegenstand die Erbschaft als Einheit, ganz oder theilweise (Universalfideikommiß), so ist zwischen dem Fideikommissar und dem Erben (Fiduziar), in rechtlicher Hinsicht, nach Pr. R., gar kein Unterschied: dieser, der Fiduziar, hört auf Erbe zu sein und der Fideikommissar wird als solcher behandelt. II. Zur Anordnung eines Fideikommisses gehört zuerst das Dasein eines Erben; dieser muß jedoch nicht ein Testamentserbe, sondern kann auch der Intestaterbe sein, welchem die Herausgabe aufgelegt wird[4]). Die Anordnung selbst ist formlos und kann selbst stillschweigend dadurch geschehen, daß der Erbeseinsetzung eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung beigefügt wird; denn ist der Erbe unter einer aufschiebenden Bedingung oder von einer bestimmten Zeit an eingesetzt, so ist er Fideikommissarius und der Intestaterbe ist Fiduziarius (Erbe); ist er aber unter einer auflösenden Bedingung oder nur bis zu einer bestimmten Zeit berufen, so ist umgekehrt Er Fiduziarius und der dem Testirer zur Zeit des Ablebens am nächsten stehende Intestaterbe ist Fideikommissarius[5]). Auch theilweise kann die Herausgabe angeordnet werden[6]). Ist es nach dem Ausdrucke zweifelhaft: ob eine gemeine oder eine fideikommissarische Substitution angeordnet sein solle; so wird die Gemeine angenommen[7]). III. Das Rechtsverhältniß ist dieses: Der Fiduziar wird, wenn er die Erbschaft annimmt, wirklicher Erbe und Eigenthümer der Erbschaft, übernimmt aber, durch die Annahme der Erbschaft, zugleich eine Obligation gegen den Fideikommissarius, auf Herausgabe der Erbschaft[8]), er muß mithin bis zur Herausgabe als vollständiger Erbe angesehen werden. Der Fideikommissarius hat ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Herausgabe, von derselben rechtlichen Beschaffenheit wie bei dem Nießbrauche das des Eigenthümers gegen den Nießbraucher[9]). Die Forderung

---

3) §. 56 a. a. O. Anders nach §. 11 J. de fideicommiss. (II, 23). Ist aber über die Dauer nichts bestimmt, so werden nur zwei Generationen angenommen. L. 32, §. 6 D. de leg. II.

4) §. 53 d. T. — L. 1, §§. 5—8 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1). — §§. 10, 11 J. de fideicommiss. (II, 23).

5) §§. 259, 260, 478—480, 486, 489 a. a. O. Ist neues Recht.

6) §§. 2, 8 J. de fideicommiss (II, 23).

7) §. 59 a. a. O. Ist interpretatio voluntatis.

8) §§. 53, 474 a. a. O. — Vergl. L. 104 D. de solut. (XLVI, 3); L. 27 §. 7; L. 58, §. 1 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

9) Nichts anderes als Dieses, nämlich die rechtliche Beschaffenheit und den Inhalt der Obligation, bestimmen die §§. 466, 467, 472 d. T. — Schles.

wird mit einer actio ex testamento geltend gemacht und geht aktiv und passiv auf die Erben über[10]), folglich transmittirt, wie man es in der Sprache der Praxis auszudrücken pflegt, der Fideikommissarius das Recht auf seine Erben, wenn er den Testator überlebt, doch noch vor dem Eintritte des Substitutionsfalles, soll heißen: vor der bestimmten Zeit der Restitution, stirbt. Es macht dabei gar keinen Unterschied: ob die Zeit der Restitution von einer Potestativ-Bedingung in der Person des Substituten abhängt oder nicht; denn die Obligation ist mit dem Tode des Erblassers erworben; nur muß das Recht selbst nicht bedingt sein, sonst gelten freilich die allgemeinen Grundsätze von Bedingungen. Aus diesem Rechtsverhältnisse folgt einerseits, daß der Fiduziar, als Eigenthümer der Erbschaft, über die einzelnen Stücke rechtsgültig verfügen kann und nur dem Fideikommissarius deshalb verantwortlich wird[11]), und anderntheils, daß er den Erbschaftsgläubigern Genüge leisten muß. In der ersten Hinsicht sind jedoch solche Veräußerungen, welche in fraudem fideicommissarii geschehen, nichtig, und der Substitut kann die veräußerten Gegenstände, sobald die Zeit der Restitution gekommen ist, vindiziren[12]). Bezüglich auf die Gläubiger hingegen ist der Erbe, ihnen gegenüber, verpflichtet, und dem Substituten gegenüber berechtigt, die Schulden und die Legate aus der Erbschaft zu bezahlen[13]). IV. Die Restitution besteht nicht, wie nach R. R.[14]), in einer Willenserklärung des Erben, als der Rechtshandlung, welche den Uebergang der Erbschaft, als eines Ganzen, auf den Substituten, wirkt und den Fideikommissarius zum Eigenthümer der einzelnen Sachen und Rechte, ohne Tradition, macht[15]); sondern diese Wirkung tritt, nach dem Grundsatze des Pr. R. über die Erwerbung einer Erbschaft, von selbst,

---

Arch. Bd. V, S. 269. — Abhandl. in den Jahrb. Bd. VI, S. 245 flg. — Pr. 578, v. 27. Oktbr. 1838. — Eben das enthalten die L. 22, §§. 3, 4 und L. 25, §. 3 D. ad S. C. Trebell.

10) §. 467 d. T., Worte: „oder dessen Erben." Schles. Arch. Bd. III, S. 563. Vergl. I, 9, §. 370. Pr. 502, v. 6. August 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 126.) — L. 40, §. 1, L. 64, §. 2, L. 3, §. 5 D. eod.

11) L. 70, §. 1 D. eodem. Vergl. §. 474 d. T.

12) L. 3, §. 3 C. communia de leg. (VI, 43). Vergl. §. 469 d. T.

13) §§. 473, 474 a. a. O. — L. 27, §. 7; L. 58, §. 1 D. ad S. C. Trebell.

14) L. 37 pr., L. 65, §. 4 D. eod.

15) L. 37 pr., L. 66, §. 1, L. 38 D. eod.

mit dem Substitutionsfalle zugleich, ein[16]). 1. Mit diesem Augenblicke ist die Forderung des Substituten auf Herausgabe der einzelnen Sachen und Rechte, nebst Accessionen, nach einem aufzulegenden Inventarium und nach einer zu legenden Rechnung, entstanden[17]). Ist keine Zeit oder Bedingung bestimmt, so tritt der Substitutionsfall und die Verbindlichkeit zur Restitution sogleich mit der Annahme der Erbschaft ein[18]), wenn nicht etwa nach der vermuthlichen Absicht des Erblassers der Erbe bis zu seinem Tode die Erbschaft behalten soll. 2. Gegenstand der Herausgabe ist Das, was der Testator dazu gemacht hat. Dies kann Dasjenige sein, was bei dem Tode des Erben oder sonst bei Eintritt des Substitutionsfalls noch vorhanden sein wird (fideicommissum ejus quod superfuturum est). Eine solche Verordnung wird angenommen, wenn der Testator dem Substituten untersagt hat, die Vorlegung eines Inventariums zu fordern[19]). Bei einer derartigen Substitution ist der Erbe dem Substituten für keine andere Veräußerungen als allein für solche, welche aus Freigebigkeit geschehen sind, verantwortlich[20]). Ist nichts bestimmt, so muß der Erbe alle Sachen und Rechte in dem Stande, wie sie erworben, mit allen Zuwüchsen herausgeben, und wegen der Verschlimmerungen für die Folgen seines groben und mäßigen Versehens einstehen; die Früchte hat er nur seit dem Verzuge zu erstatten[21]). Auch die Rechte und Verbindlichkeiten des Erben gegen die Masse gelangen wieder zu Kräften[22]). Die s. g. quarta Trebelliana ist ganz abgeschaft[23]). V. Die fideikommissarische Substitution ist

---

16) I, 12, §. 458; I, 9, §. 369; II, 4, §. 206.

17) I, 12, §§. 470, 467. Das Inventarium muß den Zustand der Erbschaft zur Zeit des Anfalls darstellen.

18) L. 41, §. 14 D. de legatis III (XXXII).

19) I, 12, §. 471. Bezieht sich auf die Zeit des Erbanfalls; der Substitut hat kein Recht zu fragen: was der Erblasser nachgelassen hat; sondern nur: was davon noch übrig ist.

20) §§. 468, 469 a. a. O. — L. 70, §. 3, L. 71, 72 D. de leg. I. — L. 54, 58, §§. 7, 8 D. ad S. C. Trebell. — L. 3 D. de usuris (XXII, 1). — Nov. 108, c. 1, 2.

21) §. 467 a. a. O. — L. 27, §. 1, L. 18 pr., §. 2, L. 44, §. 1, L. 58, §. 2, 4, L. 22, §. 3; L. 25, §. 2, L. 70, §. 1 D. ad S. C. Trebell. — L. 108, §. 12 D. de leg. I.

22) I, 16, §. 481. Pr. 1989, v. 2. März 1848. Ist hinsichtlich der Schulden des ersten Erben zweifelhaft.

23) §. 467 d. T., Worte: „ohne den geringsten Abzug“.

erloschen, wenn der Testator seinen noch kinderlosen Kindern substituirte und Diese erbfähige Nachkommen hinterlassen[24]).

3. Vermächtnisse.

A. L. R. I, 12, §§. 288—457. — Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen, nach dem Allg. Preuß. Landrechte, mit Rücksicht auf die Röm. Gesetzgebung. Neue Auflage. Frankfurt a. O. 1836. — Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach Röm. R., 2 Thle., gr. 8. Heidelberg, 1835.

§. 824.

a) Das Allgemeine.

I. Vermächtniß ist eine, durch letzten Willen aus Freigebigkeit angeordnete, Singularsuccession. Sie kann ohne Universalsuccession nicht stattfinden, gründet sich vielmehr auf eine solche, indem der Erbe das Legat herausgeben muß. Zwar soll das Eigenthum der eigenen vermachten Sachen und Rechte von selbst mit dem Tode des Erblassers auf den Legatar übergehen[1]), doch ist gleichwohl kein Legatar berechtigt, die ihm vermachte Sache eigenmächtig in Besitz zu nehmen, oder das Recht ohne Weiteres auszuüben, vielmehr muß er sich Beides von dem Erben übertragen lassen[2]); er kann daher auch von der Vindikation, die ihm gegen den dritten Besitzer zusteht[3]), nicht mit Vorbeigehung des Erben eigenmächtig Gebrauch machen, weil der Erbe befugt ist, die Legate, im Falle der Unzulänglichkeit der Erbschaft, zur Berichtigung der Schulden mit zu verwenden, und so lange zurückzuhalten, bis ausgemittelt worden: ob der Nachlaß zureichen wird[4]). Es entsteht also ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Erben und dem Legatar, selbst dann, wenn be-

---

24) §. 538 a. a. O.

1) I, 12, §§. 288, 377 flg. Die Bestimmung ist nicht folgerichtig. Nur das Recht, die Sache zu fordern (das jus legati), müßte ipso jure übergehen. Praktisch stellt es sich auch nicht anders, da der Legatar von dem Erben nicht unbedingt vindiziren kann. S. unten §. 869.

2) §§. 294, 311, 312 a. a. O. — M. Abh. in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 605 flg. und Uebergang der Ford. S. 154.

3) §. 314 a. a. O.

4) §§. 296—299, 334, 352 flg. das. — S. u. §. 885.

stimmte, dem Erblasser eigen gehörige Gegenstände vermacht worden sind [5]). Will Niemand Erbe sein, so fällt deshalb das Legat nicht weg, sondern es wird Konkurs eröffnet und der Legatar dabei wie ein Gläubiger behandelt [6]). II. Jedes Vermächtniß setzt einen Honorirten voraus, welcher mit dem Erben eine gleiche aktive Testamentsfähigkeit haben muß [7]). Wer Honorirter sein solle, muß aus dem Willen des Testators zu entnehmen sein; ist der Ausdruck unbestimmt, so ist das Legat ungültig, ein anderer Beweis des Willens des Testators ist nur bei behaupteter Substitution der Kinder des Legatarius zulässig [8]). Ist der Legatarius durch sein Verhältniß zum Testator bezeichnet, z. E. wenn den Dienstboten Etwas vermacht ist; so werden Diejenigen für gemeint gehalten, welche sich bei dem Tode des Erblassers in diesem Verhältnisse befinden, ausgenommen, wenn erhellet, daß bei der Errichtung des Legats zugleich auf persönliche Zuneigung Rücksicht genommen worden, oder wenn zur Zeit des Todes Niemand in solchem Verhältnisse sich befindet [9]). Wird einem Ehegatten oder einer verlobten Person, ohne nähere Bestimmung, Etwas vermacht, so ist darauf zu sehen: ob die Person, deren Gatte oder Verlobter bedacht worden, zur Zeit der Errichtung schon in diesem Verhältnisse stand. Wo nicht, so ist der zur Zeit des Todes des Testators vorhandene Gatte oder Verlobte zu verstehen [9a]). Paßt die Beziehung oder Bezeichnung auf Mehrere, so sollte eigentlich das Legat nichtig sein, wenn die Absicht des Testators dahin ging, nur Einen zu bedenken; doch erklärt das Pr. R., ohne zu unterscheiden, Alle für berufen [10]). Honorirt ist übrigens nicht immer Der, welcher Das, was gegeben werden soll, zu erhalten hat, sondern Der, welcher dabei Gewinn hat [10a]).

---

5) §§. 292—294, 305—313 a. a. O. — L. 116 pr. D. de leg. I.

6) §§. 362—365 a. a. O. — Der Legatar selbst kann auf Konkurs antragen.

7) §. 36 das. — §. 24 J. de legatis (II, 20).

8) §. 531 a. a. O.

9) §§. 546—549 das. Dann wird auf die Zeit der Testamentserrichtung gesehen.

9a) §§. 550—553 das. — L. 19 pr. D. de rebus dubiis (XXXIV, 5).

10) §. 542 a. a. O. Anders nach L. 10 pr. D. eod.; L. 62, §. 1 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

10a) Z. B. wenn einem Miterben aufgelegt ist, eine Schuld an den Erbschaftsgläubiger zu zahlen, so hat nicht Dieser, sondern der andere Miterbe den

III. Einem Honorirten muß ein Belasteter gegenüber stehen. 1. Belastet kann werden ein Jeder, welcher bedacht worden ist, also nicht bloß der Testaments- oder Intestaterbe, sondern auch ein Legatar und Substitut[11]), nur nicht der Pflichttheilserbe[12]). Um aber als Honorirter onerirt werden zu können, muß die Zuwendung eine Freigebigkeit enthalten, und von dem Honorirten angenommen worden sein[13]). Regel dabei ist: Das Onus darf die Zuwendung nicht übersteigen[14]). Dabei wird auf den Werth des Gegenstandes zur Zeit des Anfalls gesehen, doch kommen spätere zufällige Erweiterungen und unverschuldete Verminderungen, nach den vom redlichen Besitze geltenden Grundsätzen, in Betracht[15]). Eine Ausnahme davon, daß das Onus nicht mehr als die Zuwendung betragen darf, findet statt, wenn dem Honorirten die Herausgabe einer andern Sache aufgegeben worden ist und er dieses Vermächtniß angenommen hat: in diesem Falle wird die Zuwendung als Preis der Sache angesehen, wobei auf den höhern Werth derselben nichts ankommt[16]), wenn nicht ein die Willenserklärung entkräftender Irrthum vorgekommen ist. 2. Ist der Wille des Testators darüber: wer belastet sein soll, nicht klar ausgedrückt: so gilt der Erbe für onerirt; sind mehrere Erben eingesetzt, so sind in Ermangelung einer bestimmten Erklärung Alle onerirt, und zwar, dem Legatar gegenüber, gemeinschaftlich, unter sich nach Verhältniß ihrer Erbtheile[17]), ganz so wie sie

---

Vortheil und die Klage. L. 49, §§. 4—7, L. 69, §. 2 D. de leg. I; L. 11, §§. 20—22 D. de leg. III.

11) §§. 293, 544, 466 a. a. O. — L. 1, §. 6 D. de leg. III; L. 92, §. 2, L. 93, 96, §. 4 D. de leg. I; L. 77, §. 1 D. de leg. II; L. 24 C. de leg. (VI, 36).

12) §. 477 das. — II, 2, §. 398. — L. 2 D. de leg. III.

13) I, 12, §. 366. — L. 3, §. 2, L. 7, §. 2 D. eod.; L. 78, 3 D. de leg. I.

14) §§. 287, 334, 351 a. a. O. — L. 8, 114, §. 3 D. de leg. I; §. 1 J. de singul. rebus (II, 24); §. 3 J. de lege Falcidia (II, 22). Auf das beneficium inventarii kommt dabei nichts an, wie man nach §. 296 d. T. glauben könnte.

15) §§. 336, 339—344 a. a. O. Ebenso nach L. 70, §§. 1, 2 D. de leg. II.

16) L. 70, §. 1 D. de legatis II.

17) §. 289 a. a. O. S. o. §. 516 Note 11. Selbst wenn eine Sache Eines der Miterben legirt ist. §. 376 das. — Nach R. R. haften die Erben immer pro parte hereditaria. — L. 33 pr. D. de leg. II. Die ältern Röm. Juristen waren darüber uneinig. M. s. L. 124, L. 54, §. 3 D. de leg. I; L. 17 D. de duobus reis (XLV, 2).

hinsichtlich der Schulden haften. Ist nur Einer ohne nähere Bestimmung belastet worden, so gilt Derjenige für gemeint, welcher die Gattung von Sachen, wozu das vermachte Stück gehört, nach dem Willen des Testators erhalten soll[18]; ist aber die Gattung Keinem besonders beschieden, so trifft die Belastung unter den vermuthlich Gemeinten Denjenigen, der am meisten begünstigt ist[19]. 3. Wird ein belastetes Legat oder Fideikommiß ausgeschlagen, so behält es der Erbe, und das Onus geht auf ihn über[20]. 4. Das Gleiche gilt, wenn ein Erbtheil jure accrescendi an einen Andern fällt[21]. IV. Aus dem, zwischen dem Onerirten und dem Honorirten bestehenden, obligatorischen Verhältnisse (Note 5) folgt, daß dazu nothwendig zwei verschiedene Personen erforderlich sind, mithin einem Alleinerben (heres ex asse) unmöglich ein Legat vermacht werden kann[22]. Was daraus für die aus der Potestas des R. R. folgende Personen-Einheit zwischen Vater und Kindern folgte[23], fällt nach Pr. R. ganz weg. V. Gegenstand kann jedes Vermögensrecht sein, er muß aber wenigstens nach seiner Gattung bestimmt bezeichnet sein[24], sonst ist das Legat ungültig[25]. 1. Ist eine Sache von Mehreren derselben Gattung oder von gleicher Bezeichnung, ohne nähere Bestimmung, vermacht, so hat der Onerirte die Wahl[26]; sind aber mehrere Sachen alternative vermacht, so wird zur Bestimmung des Wahlrechts, wenn dasselbe nicht dem Einen ausdrücklich beigelegt worden ist, auf den gebrauchten Ausdruck gesehen: soll darnach der Erbe eine von mehreren Sachen g e b e n, so hat er die Wahl; soll der Legatar eine n e h m e n, so kommt ihm die Wahl zu[27]. Wählt der Erbe, so hat er nur ein für

---

18) §. 544 a. a. O.

19) §. 545 a. a. O. Ist eine zweifelhafte Willensauslegung.

20) §§. 366, 367, 372 a. a. O. — L. un. §§. 4, 9 C. de cad. toll. (VI, 51).

21) §. 287 a. a. O. — L. un. §. 10 C. eod. Im ältern R. R. ging das Onus nicht mit über. L. 61 §. 1 D. de leg. II.

22) Ulpian. XXIV, §. 22. — L. 18, 34 §. 11 D. de leg. I.

23) Ulpian. l. c. §§. 21, 23. — Gajus II, §. 244. §. 32 J. de leg. (II, 20).

24) Die unbestimmt gebliebene Qualität muß dann nach dem Stande und dem Bedürfnisse des Legatars bestimmt werden. §§. 403, 404 a. a. O.

25) Z. B. das Vermächtniß „einer Sache." §. 22 J. eod.

26) §§. 388, 389 a. a. O. — L. 37 §. 1, L. 39, §. 6 D. de leg. I.

27) §§. 390, 391 a. a. O. Ist von den verschiedenen Legatsformen des

den Legatar nach dessen Umständen brauchbares Stück zu geben; wählt der Legatar, so darf er das Beste nehmen[28]). 2. Sollen Mehrere wählen, so sind drei Fälle denkbar[29]): a) Mehreren ist eine Sache in der Art vermacht, daß der Eine die Sache selbst und der Andere den Werth nach eigener Wahl haben soll, ohne daß bestimmt ist, wem die Wahl zustehe: hier entscheidet über das Wahlrecht das Loos, und der Werth wird durch Sachverständige bestimmt[30]). b) Mehrere Belastete oder mehrere Honorirte haben Jeder eine Wahl zu treffen, ohne daß die Ordnung, in welcher sie wählen sollen, bestimmt ist: dann bestimmt wieder das Loos diese Ordnung[31]). c) Mehrere sollen zusammen ein auszuwählendes Stück erhalten, oder der wahlberechtigte Legatar stirbt vor der Wahl mit Hinterlassung mehrerer Erben: dann wird über die Wahl gelooſt und der Gewinner wird zugleich Eigenthümer des gewählten Stücks, mit der Verbindlichkeit, die übrigen Theilhaber nach einer Taxe abzufinden[32]). 3. Soll ein Dritter wählen, so darf er das Beste aussuchen; kann oder will er nicht wählen, so wird zwar dem Legatar die Auswahl gestattet, doch darf er nur ein Stück von mittlerem Werthe nehmen[33]). 4. Die Wahl ist eine Rechtshandlung und erfordert zu ihrer Gültigkeit die Verfügungsfähigkeit des Wählers und die im Allgemeinen vorgeschriebene Form. Von der rechtsgültig getroffenen Wahl kann nicht wieder abgegangen werden, ausgenommen, wenn der Erbe dem Wähler nicht sämmtliche vorhandene Stücke vorgezeigt hat[34]). Die Wahl ist aber keine Bedingung, vielmehr wird ein legatum

---

alten R. R. hergenommen. L. 19 D. de leg. II; Ulpian. XXIV, §. 14. Nach Justin. R. ist ein alternatives Legat im Zweifel immer ein legatum optionis. L. 71 pr. D. de leg. I. — Tit. D. de opt. leg. (XXXIII, 5).

28) §§. 392, 393 a. a. O.

29) M. Abh. darüber: was ist nach dem A. L. R. denn eigentlich Rechtens, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist, und sie sich über die ihnen beigelegte Wahl nicht einigen können? (im Schles. Arch. Bd. IV, S. 345 flg.)

30) Nach R. R. entscheidet die Prävention. L. 33 D. de leg. I.

31) §. 394 a. a. O. Auch hierbei kommt es nach R. R. auf die Prävention an; wählen Mehrere dasselbe Stück, so werden sie Miteigenthümer. L. 8, §. 2 D. de opt. (XXXIII, 5).

32) I, 11, §§. 569, 572—574. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 356 flg.

33) I, 12, §§. 395, 396. Ist Justinian's Entscheidung in der L. 3, §. 1 C. communia de legatis (VI, 43).

34) §§. 399, 400 a. a. O. — L. 5 pr. D. de leg. I; L. 20 D. de opt. (XXXIII, 5).

optionis als ein legatum purum behandelt[35]). VI. Ist derselbe Gegenstand mehreren Personen vermacht, so erhalten sie gleiche Theile, wenn nicht ein anderes Verhältniß von dem Erblasser vorgeschrieben ist[36]). Dabei kann aber die Absicht desselben sein, entweder daß ein jeder Legatar seinen Antheil als eine Sache für sich, oder daß sie Alle gemeinschaftlich das Ganze erhalten sollen. Hiervon hängt das Zuwachsrecht unter Legatarien ab. In dieser Hinsicht gilt die Auslegungsregel: ist Allen gemeinschaftlich das Ganze vermacht, so wächst der erledigte Theil den übrigen Legatarien zu; ist aber Jedem ein bestimmter Theil zugedacht, so bleibt der nicht angenommene Theil bei dem Belasteten[37]). VII. Die lex Falcidia ist abgeschafft, Abzüge dürfen daher für den Erben von den Legaten nicht gemacht werden, selbst wenn für ihn nichts übrig bliebe; nur die Schulden müssen vorweg berichtigt und dazu den Legatarien, wenn die Erbschaft nicht ausreicht, verhältnißmäßige Abzüge gemacht werden[38]). 1. Vermachte Sachen werden, Behufs der Werthbestimmung, taxirt, und, wenn auch nur ein Theil mit der Taxe nicht zufrieden ist, gerichtlich verkauft[39]). 2. Der Legatarius darf auch, wenn er nicht beitragen will, das Vermächtniß mit den gezogenen Nutzungen, nach den vom redlichen Besitze hinsichtlich der Verbesserungen und Ver-

---

35) L. 19 D. eod. — L. 3, §. 1 C. comm. de leg. (VI, 43). — §. 23 J. de leg. (II, 20).

36) §. 370 a. a. O. — L. 19, §. 2 D. de leg. I.

37) §§. 368, 369, 500 a. a. O. Vergl. §. 284 das. Das ist auch Justinian. R. L. un. C. de cad. toll. (VI, 51); §. 8 J. de leg. (II, 20). Im alten R. galten nach den verschiedenen Arten der Legate verschiedene Regeln. Bei dem Vindikationslegat accreszirte die portio deficientis den Kollegatarien. L. 16, §. 1 D. de leg. I; L. 34, 35 D. de leg. Aquil. (IX, 2); Gajus II, §§. 199, 206; Ulpian. XXIV, §. 12. Widersprechend scheinen zu sein: L. 41 pr. de leg. II; L. 1 pr. §. 3 D. de usufructu accresc. (VII, 2). — Bei dem Damnationslegat trat niemals das jus accrescendi ein. L. 84, §. 8 D. de leg. I; L. 7 D. de leg. II; Gajus II, §§. 205, 206; Ulpian. l. c. §. 13. Die erste Veränderung hierin bewirkte das Papische Gesetz. Gajus II, §§. 206—208. — Ob der eine oder der andere Fall vorhanden sei, ist Thatsache, die nicht durch eine Rechtsregel festzustellen ist. Deshalb kann das Präj. des Obertr. 1235, vom 19. Dez. 1842, lautend: die wirkliche Theilung einer mehreren Mitgenossen vermachten Geldsumme ist da noch nicht vorhanden, wo deren Theilnahmerechte nach Quoten und nicht nach bestimmt ausgedrückten Summen in dem Testamente des Erblassers angeordnet sind, — nicht auf den Werth eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes Anspruch machen.

38) §§. 333–335 a. a. O.

39) §§. 336, 337 das. Die Gläubiger interessiren dabei gleichfalls, wenn die Masse unzulänglich ist.

schlimmerungen geltenden Regeln, zurückgeben[40]). 3. Hat der Legatar die Sache ohne böse Absicht verkauft, so steuert er nach Maßgabe des Kaufgeldes bei; in andern Fällen des Verkaufs wird auf den Werth zur Zeit des Anfalls gesehen, es kommen ihm jedoch die ohne sein grobes Versehen entstandenen Verschlimmerungen oder Verluste zu statten[41]). 4. Da die Schulden und Lasten aus der Substanz der Erbschaft berichtigt werden, so erleiden auch die Legate, deren Gegenstand ein Nießbrauch oder eine jährliche Hebung ist, eine verhältnißmäßige Ermäßigung, zu deren Bestimmung die jährliche Nutzung oder Hebung, nach den Grundsätzen der nächsten inländischen Lebensversicherungsanstalt über die durchschnittliche Dauer des menschlichen Lebens, zu Kapital berechnet wird. Um so viel wie die Nutzungen des auf ein solches Kapital fallenden Beitrags ausmachen, vermindert sich die jährliche Hebung[42]).

b) Einzelne Arten der Vermächtnisse.

§. 825.

α) In subjektiver Hinsicht.

In Hinsicht der berechtigten Person ist das Fideikommiß und das Prälegat hervorzuheben. I. Fideikommisse können auch ab legatario hinterlassen werden. Ist die Zuwendung für eine gewisse Familie auf künftige Zeiten bestimmt, so enthält die Verordnung die Errichtung eines Familienfideikommisses[1]). Dazu ist schon ein Veräußerungsverbot, das auch in dem Verbote des Verkaufs begriffen ist, hinreichend[2]). Sind die künftigen Mitglieder der Familie ohne nähere Bestimmung substituirt, so sind alle Blutsverwandte des Legatars nach den Regeln der gesetzlichen

40) §§. 338—341 das. Kommt es zur Krida, so muß die Sache mit den Nutzungen zurückgegeben werden.

41) §§. 442—444 das.

42) §§. 345—350 a. a. O. Mehrere Legatarien werden verhältnißmäßig befriedigt, und dabei kommt das ausgemittelte Kapital einer jährlichen Hebung in Ansatz.

1) §§. 532, 533 a. a. O. Es kommen dann die Grundsätze über die Erfordernisse eines solchen zur Anwendung. S. o. §. 823.

2) §§. 534, 535 a. a. O. Anders nach L. 93 pr. D. de leg. III.

Erbfolge berufen[3]; das Fideikommiß muß mithin von dem Besitzer immer dem nächsten Erben hinterlassen werden, und zwar der, dem jedesmaligen letzten Besitzer, nach dessen persönlichem Rechte, am nächsten stehenden Person[4]). II. Das Prälegat ist ein Vermächtniß, welches einem Erben hinterlassen wird; es ist nur so weit gültig, als der Erbe nicht selbst damit belästigt wird; deshalb kann es nur vorkommen, wenn mehrere Erben eingesetzt sind[5]). Ist das Legat ohne Bestimmung des Belasteten ausgesetzt, so sind sämmtliche Erben pro parte hereditaria belastet und der Theil des Prälegatars fällt auf dessen eigene Portion; er erwirbt jedoch diesen Theil nicht, wie es folgerecht sein sollte und nach R. R. wirklich ist, jure hereditario[6]), sondern jure legati, denn sie wird ihm nicht in sein Erbtheil gerechnet[7]), mithin nicht als in hereditate geblieben gedacht, woraus folgt, daß ein Fiduziarerbe bei der Herausgabe der Erbportion das ganze Prälegat zurückbehalten kann[8]).

β) In Hinsicht des Gegenstandes.

§. 826.

aa) Vermächtniß von Eigenthum.

Nach den verschiedenen Gegenständen unterscheidet man mehrere Vermächtnißarten. Darnach ist eine der vorzüglichsten Arten das Vermächtniß des Eigenthums. 1. Dazu wird erfordert: a) Die Sache muß im Verkehre sein, sonst ist das Legat nichtig[1]). Ist der Legatar bloß für seine Person besitzunfähig, so muß er in den

---

3) §. 536 das. Vergl. L. 5 C. de verb. signif. (VI, 38).

4) §. 537 a. a. O. Vergl. L. 69, §. 3 D. de leg. II. Nach G. R. ist streitig: ob der Nachfolger dem Erblasser oder dem letzten Inhaber im Grade am nächsten stehen muß.

5) §. 262 a. a. O. — L. 34, §. 11 de leg. I.

6) L. 18, §. 3 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 1, §. 6 D. quod legatorum (XLIII, 3); L. 116, §. 1 D. de leg. I.

7) §. 271 a. a. O.

8) §. 474 das. — Folgerecht anders nach L. 18, §. 3 D. ad S. C. Trebell.

1) §§. 386, 456, 366 a. a. O. — L. 39, §§. 7—10 D. de leg. I; §. 4 J. de leg. (II, 20).

Stand gesetzt werden, die Sache zu veräußern[2]). b) Die Sache muß zur Zeit des Anfalls im Eigenthume des Erblassers sein; alsdann hat der Legatar gegen den Erben und den Dritten eine dingliche Klage[3]). Gehört die Sache nicht dem Erblasser, so ist das Legat nicht ungültig, aber die Wirkungen sind nach der Person des Eigenthümers verschieden. α) Ist sie das Eigenthum des Erben, so hat das Legat dieselbe Wirkung, wie wenn die Sache dem Testator gehörte, ohne Unterschied: ob ihm das Verhältniß bekannt war oder nicht[4]). β) Gehört sie einem Dritten, so wird durch das Legat für den Legatar ein Forderungsrecht auf Verschaffung der Sache begründet, und er hat nur eine persönliche Klage (§. 884) gegen den Belasteten, ihm entweder die Sache oder, wenn der Eigenthümer unverhältnißmäßige Bedingungen stellt, den außerordentlichen Werth zu leisten[5]). Bei dem Legate einer fremden Sache wird jedoch vorausgesetzt, daß der Testator wußte, die Sache gehöre einem Fremden: hielt er sie irrthümlich für seine eigene, so ist das Legat ungültig[6]). Diese Voraussetzung muß der Legatarius beweisen; sie zu behaupten, gehört zur Begründung der Klage[7]). Kannte zwar der Testator das fremde Eigenthum, ihm stand aber darauf ein Recht oder Anspruch zu, so wird im Zweifel angenommen: nur dieser Anspruch solle der Gegenstand des Legats sein[8]). γ) Gehört die Sache, zur Zeit der Errichtung, dem Legatarius selbst, so ist das Legat von Anfang nichtig[9]). Geht jedoch die Absicht darauf, dem Legatar einen besonderen Vortheil dadurch zuzuwenden, z. E. ihm solche unter der Bedingung, wenn er das Eigenthum verlieren würde, zu vermachen, oder um die Sache von den ding-

---

2) §§. 452—455 a. a. O. — S. o. §. 819 Note 15.

3) §§. 288, 314—318 das. — §. 4 J. eod.

4) §§. 374—376 a. a. O. — L. 67, §. 8 D. de leg. II; §. 11 J. eod.

5) §§. 377, 378 a. a. O. — L. 39, §. 7, L. 71 §. 3 D. de leg. I; L. 14, §. 2, L. 30, §. 6 D. de leg. III.

6) §§. 377, 384 a. a. O. Man interpretirt nämlich, daß der Testator, wenn er gewußt hätte, sie sei eine Fremde, sie nicht legirt haben würde. §. 4 J. de leg. (II, 20); Paulus IV, 1, §. 8; L. 67, §. 8 D. de leg. II. — L. 10 C. de leg. (VI, 37).

7) §. 383 a. a. O. — L. 21 D. de probationibus (XXII, 3).

8) §. 385 a. a. O. War nach G. R. streitig.

9) §§. 381, 382 a. a. O. — L. 41, §. 2, L. 84, §. 8 D. de leg. I; §. 10 J. de leg.; L. 13 C. eod.

lichen Lasten zu befreien: so gilt das Legat[10]). Erwirbt der Legatar das Eigenthum erst nach Errichtung des Legats, so wird unterschieden: ob es durch einen lästigen Titel, oder durch Freigebigkeit geschehen ist. Im erstern Falle muß der Erbe dem Legatar die Anschaffungskosten geben, oder die Gegenleistung, welche der Erblasser noch nicht empfangen oder bis an seinen Tod nachgesehen hat, ist erloschen[11]); in dem andern Falle ist das Legat erloschen[12]). c) Die Sache muß dasein. Hat der Testator eine nicht vorhandene Sache in Erwartung ihrer Entstehung legirt, so ist das Legat als das einer künftigen Sache gültig; der Erbe hat dann die Verbindlichkeit, diese Sache, sobald sie entstanden ist, zu verschaffen[13]). Das Gleiche gilt bei einem vermachten Stücke von einer gewissen Gattung[13a]). Geht die legirte Sache ohne Zögerung und ohne grobes Versehen des Erben vor der Uebergabe unter, so ist das Legat erloschen[14]), so wie wenn die Sache zur Zeit des Erbanfalls nicht mehr im Nachlasse vorhanden ist[15]); in diesem Falle erhält jedoch der Legatar das für die veräußerte Sache gelöste Geld, wenn dasselbe von dem Testator bis zum Tode besonders aufbewahrt worden ist[16]). Ist eine Formveränderung (Spezifikation) mit der Sache vorgegangen, und zwar ohne Zuthun oder Genehmigung des Erblassers und auch ohne weitern Zusatz oder Verbindung mit einem andern Stoffe: so hat der Legatar die Wahl zwischen der veränderten Sache oder dem gemeinen Werthe der Sache in deren früheren Gestalt[17]); ist die Veränderung von dem Testator ausgegangen oder geneh-

---

10) §. 381 das. — Vergl. L. 1, §. 2 D. de reg. Caton. (XXXIV, 7); L. 98 D. de condit. (XXXV, 1). — L. 71, §. 5, L. 86 pr. D. de leg. I.

11) §§. 379, 324 a. a. O. — L. 34, §. 7, L. 45, pr. D. de leg. I.

12) §§. 380, 323 das. — L. 108, §. 4, L. 82, L. 34, §. 3 D. eod. — §. 6 J. eod. — Der Fall der L. 21, §. 1 D. de leg. III ist nicht anerkannt. — S. o. §. 576, S. 246.

13) §. 373 a. a. O. — L. 24 pr. D. de leg. I. — §. 7 J. eod.

13a) §§. 403, 404 a. a. O.

14) §§. 306—309 d. T. — L. 47, §§. 4—6, L. 53, §. 3 sqq. D. eod.; §. 16 J. eod.

15) §§. 315, 316 a. a. O. — L. 18 D. de adimendis (XXXIV, 4); §§. 12, 21 J. eod.

16) §§. 322 a. a. O. Vergl. L. 22 D de leg. II; L. 3 C. eod.; §. 12 J. eod. — L. 18, 24, §. 1 D. de adimendis.

17) §§. 317, 320 das. — L. 44, §§. 2, 3, L. 65, §. 2 D. de leg. I; L. 88 pr. §§. 1, 2 D. de leg. III.

migt, so erhält der Legatar die veränderte Sache; ist aber auch der Stoff vermehrt, vermischt oder mit einem andern verbunden worden: so hat der Legatar bloß den gemeinen Werth der Sache vor der Veränderung zu fordern[18]). 2. Wird eine mit dinglichen Rechten belastete Sache vermacht, so geht sie mit den Lasten auf den Legatar über[19]). Davon machen auch die Hypotheken nach Pr. R. keine Ausnahme[20]), und der Grund davon (Note 20) bringt mit sich, daß, wenn der Testator eine eingetragene Post abgezahlt hat, aber nicht löschen lassen, dieselbe zum Vortheil des Erben gültig ist[21]). 3. Gegenstand des Eigenthums-Vermächtnisses können sowohl einzelne Sachen als ein Inbegriff von Sachen sein. Das Letztere ist der Fall bei dem Vermächtnisse einer Sache, zu welcher Pertinenzstücke gehören: diese sind immer von selbst mit vermacht[22]), soweit nicht einzelne Stücke als bestimmte Sachen besonders vermacht worden sind[23]). 4. Eben so kann eine bestimmte Sache (Spezies) und eine gewisse Gattung (Genus) von Sachen der Gegenstand sein. Ist bei einer vermachten Gattung über Beschaffenheit und Menge nichts bestimmt, so gehören dem Legatar alle im Nachlasse vorhandenen Stücke derselben Gattung, mit Ausnahme solcher Stücke, welche Pertinenz- oder Inventarienstücke zu einem Landgute oder Gebäude sind[24]). 5. Auch vertretbare Sachen können Gegenstand eines Eigenthumsvermächtnisses sein. Dazu gehört das Vermächtniß

---

18) §§. 318, 319, 321 a. a. O. Das R. R. sieht dabei auf den Willen des Testators. L. 44, §§. 2, 3 D. de leg. 1; L. 6, §. 1 D. de auro argento (XXXIV, 2).

19) §. 325 d. T. — L. 69, §. 3 D. de leg. I; L. 26, 66, §. 6, L. 76, §. 2 D. de leg. II.

20) §§. 326, 327 a. a. O. Das folgt aus dem subjektivdinglichen Charakter der Hypothekenschulden nach deutschen und Pr. Rechtsansichten. Anders nach R. R. §. 5 J. de leg. (II, 20); L. 57 D. de leg. I; L. 3 C. eod. (VI, 37); Paulus III, 6, §. 8; L. 6 C. de fideicommissis (VI, 42).

21) Der von den Gesetzrevisoren für ihre entgegengesetzte Meinung angegebene Grund ist nicht sachlich und stammt noch aus der Zeit, wo die rechtliche Bedeutung einer Hypothekenpost nach Pr. R. noch nicht hervorgetreten war. Die Ansicht der Revisoren hat nicht Anerkennung gefunden. S. o. §. 529 N. II.

22) §§ 405, 407 d. T. — Tit. D. de instructo vel instrumento (XXXIII, 7); de suppellectile (XXXIII, 10). Auch die einem Grundstücke, nach der Testamentserrichtung, mit Wissen des Testators zugeschriebenen Grundstücke. Entsch. des Otr. v. 5. April 1850 (XIX, 168).

23) §. 406 a. a. O.

24) §§. 401, 402 das. — L. 65 pr., L. 71 pr., D. de leg. I.

einer Geldsumme, wenn solche in der Erbschaft vorhanden ist; wenn nicht, entsteht daraus eine Obligation[25])

§. 827.

bb) Vermächtniß dinglicher Rechte.

I. Nießbrauch und Gebrauch. Das Nießbrauchs- oder Gebrauchsrecht kann auf dreierlei Weise gegründet werden: so, daß dasselbe der Gegenstand des Legats ist; oder so, daß die Proprietät mit Vorbehalt des Nutzungsrechts vermacht wird; oder so, daß einer Person das Nießbrauchsrecht, und einer Andern die Proprietät derselben Sache legirt wird[1]). In dem dritten Falle weicht das Pr. R. darin von dem R. R. erheblich ab, daß beide Legatarien, bezüglich auf den Nießbrauch, nicht Kollegatarien sind, mithin Derjenige, welchem die Proprietät vermacht ist, an dem Nießbrauche keinen Theil hat[2]). Daher gilt in Hinsicht des Zuwachsrechts bei dem Nießbrauche nichts Besonderes nach Pr. R. Ist der Testator Eigenthümer der Sache, so erwirbt auch der Legatar unmittelbar den Nießbrauch und hat die actio confessoria[3]), andernfalls wird durch das Legat nur eine Obligation auf Verschaffung des Nießbrauchs begründet. Die Dauer versteht sich auf die Lebenszeit des Legatars; wenn aber dieser eine juristische Person ist, auf 50 Jahre[4]). II. Grundgerechtigkeiten. Diese können auf zwiefache Art Gegenstand eines Legats sein: entweder so, daß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks dem Eigenthümer des Dienenden die Servitut erlassen wird; oder so, daß der Testator sein Grundstück zum Vortheil des Legatars mit einer Servitut belastet[5]). Ein eigenthümliches praktisches Interesse gewährt ein solches Legat in dem Falle,

---

25) §. 328 a. a. O. — L. 12 pr. D. de leg. II. — Ulpian. XXIV, §. 7; Gajus II, §. 196.

1) §. 421 d. T. — §. 1 J. de usufr. (II, 4); L. 14 C. eod. (III, 33).

2) §. 421 a. a. O. — Vergl. L. 19 D. de usu et usufr. (XXXIII, 2). Daher accreszirte dem Proprietar der Usufruktus. L. 33 pr. D. de usufr. (VII, 1); L. 9 D. de usufr. accresc. (VII, 2).

3) §. 288 d. T. — L. 3 pr. D. de usufr. (VII, 1).

4) §§. 421, 423 a. a. O. — S. o. §. 327, Bd. I, S. 564.

5) Tit. D. de servitute legata (XXXIII, 3).

wenn die Legatarien zur Berichtigung der Schulden Abzüge erleiden müssen. Die Alternative, daß, wenn Einer von beiden Theilen mit der Taxe nicht zufrieden, der gerichtliche Verkauf verlangt werden kann[6]), ist hier nicht statthaft; wie es aber damit gehalten werden soll, ist nicht bestimmt. Nach der Natur der Sache ist nur die Wahl des Legatars möglich: entweder nach Verhältniß der Taxe beizutragen, oder das Vermächtniß aufzugeben. III. Das Erbzins- und Erbpachtsrecht, so wie das Lehn kann nicht mehr Gegenstand eines Legats sein. Nach früherem Rechte konnte es ursprünglich nicht unmittelbar durch das Testament begründet werden, sondern ein derartiges Vermächtniß verpflichtete den Erben, das Verhältniß mit dem Legatar einzugehen. Ein schon vorhandenes Recht dieser Art konnte, wie eine Sache, legirt werden[7]). IV. Ein Gleiches gilt, nach Pr. R., von dem Pfand- und Hypothekenrechte[8]). Das Vermächtniß eines schon bestehenden Unterpfandsrechts begreift zugleich die dadurch versicherte Forderung, wenn nicht der Unterpfandsbesteller selbst der Legatar, und von dem Schuldner verschieden ist[9]).

§. 828.

cc) Vermächtniß von Forderungsrechten.

Nicht allein schon bestehende, sondern auch noch zu begründende Obligationen können vermacht werden. Wichtiger sind zwei andere Verschiedenheiten der vermachten Forderungen, nämlich nach dem Schuldner und nach dem Inhalte. I. Schuldner einer vermachten Forderung kann sein: der Erblasser selbst, der Erbe, ein Dritter und der Legatar. 1. Das Vermächtniß der eigenen Schuld des Erblassers an den Legatar (legatum debiti) ist im Allgemeinen ungültig, weil es keine Freigebigkeit enthält, es hat daher

---

6) §§. 336, 337 a. a. O.

7) §. 385 das. — L. 71, §§. 5, 6; L. 86, §. 4 D. de leg. I. Ges. vom 2. März 1850, §§. 74 u. 75 (G. S. S. 77).

8) Gewissermaßen ist das Pr. R., welches durch Singular-Succession von Todeswegen zwar das Eigenthum ohne Uebergabe, aber kein Unterpfandsrecht ohne die entsprechende Erwerbungsart übergehen läßt, hierin inkonsequent. Anders nach R. R. L. 26 pr. D. de pignerat. act. (XIII, 7); L. 1 C. comm. de legatis (VI, 43).

9) §. 427 d. T. — L. 86 pr. de leg. I; L. 1, §. 1 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3).

nur den Werth eines Anerkenntnisses [1]); aber in soweit es einen Nebenvortheil giebt, gilt es als Legat, d. h. das Ganze wird zwar als Legat betrachtet, doch ist der Erbe nur soweit belastet und der Legatarius honorirt, als das Legat besser denn die frühere Obligation ist [2]). Dergleichen Vortheile sind: wenn kein Rechtsgrund der Forderung bekannt, oder wenn sie streitig, oder wenn sie bedingt oder betagt ist [3]); durch das Vermächtniß der Schuld ohne Bestimmung der Zahlungszeit wird jedoch der ursprüngliche Zahltermin nicht abgekürzt [4]). Dieses Legat erlischt durch die nach der Errichtung erfolgte Tilgung der Schuld [5]). Eine Art dieses Legats ist die vermachte Ausstattung für ein Kind des Erblassers [6]). 2. Der Erbe kann bereits Schuldner sein, und dann gehört das Vermächtniß in die folgende Kategorie. Der Hauptfall ist der, wo die Verbindlichkeit des Erben erst durch das Legat begründet wird. Im Allgemeinen ist der Erbe Schuldner bei jedem Legate; denn auch bei dem Eigenthumsvermächtniß tritt zwischen ihm und dem Legatar ein solches obligatorisches Verhältniß ein (§. 824, I), wie es zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber der Sache besteht. (§. 526, No. I, 2). Eine besondere Obligation aber entsteht für den Legatar gegen den Erben, wenn eine Leistung vermacht ist. Es können dem Erben alle Arten von Leistungen und Handlungen, so wie Eingehung von Rechtsgeschäften aufgelegt werden, welche zum Vermögensrechte gehören [7]). 3. Das Legat einer gegen einen Dritten schon bestehenden Forderung (legatum nominis) wird entweder so errichtet, daß dem Erben aufgelegt wird, dem Legatar Das zu leisten, was

---

1) §§. 430, 431 a. a. O. — L. 28 pr. §. 1, L. 29 D. de leg. I. Vergl. den Rechtsfall im Schl. Arch. Bd. IV, S. 360 flg.

2) §. 435 d. T. — L. 2 pr. D. de dote praeleg. (XXXIII, 4); Paulus Sent. rec. IV, 1, §. 1. §. 14 J. de legat. (II, 20).

3) §§. 432, 434 a. a. O. — L. 30, 14 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3).

4) §. 436 das. Das im §. 435 beigelegte Recht der Legatarien, hinsichtlich der Sicherheitsbestellung, ist kein reeller Vortheil; denn die schlechteste Schuld geht dem sichergestellten Legate allemal vor.

5) §. 433 a. a. O. Hier wird zwar nur der „Bezahlung" gedacht, doch ist darunter wol ohne Zweifel die Tilgung verstanden.

6) §. 449 a. a. O. Nach R. R. gehörte auch die dos legata (verschieden von dem legatum dotis) hierher. §. 15 J. de leg. (II, 20); Tit. D. de dote praeleg. (XXXIII, 4).

7) §. 387 d. T. — §. 21 J. de leg. — L. 11, §. 25 D. de leg. III; L. 49, §§. 8, 9; L. 108, §. 15 D. de leg. I.

dem Erblasser ein Dritter schuldig ist, worunter nichts Anderes als die Uebertragung des Forderungsrechts mit den nach dem Anfalle fällig werdenden Zinsen verstanden wird[8]), oder so, daß die Schuldverschreibung vermacht wird[9]). Auch in dem zweiten Falle ist das Forderungsrecht und nicht das Schriftstück gemeint, mithin die Cession des Erben zur Legitimation des Legatars erforderlich[10]). Ist die Schuld unrichtig, so ist das Legat ungültig[11]). Wird die Schuld nach Errichtung des Legats getilgt, so erlischt das Legat[12]), wenn nicht der Erblasser bei der Einziehung der Post die Absicht hatte, daß das Legat als Vermächtniß der Summe fortbestehen solle, welches angenommen wird, wenn der Testator das Geld bis an seinen Tod aufbewahrt, oder wenn er dasselbe, ohne vorherige Vermischung mit andern Geldern, anderweit in eben derselben oder in einer mindern Summe angelegt hat[13]). Die Entstehung von Gegenforderungen nach der Errichtung des Legats, wegen welcher der Erblasser sich noch nicht berechnet hat[14]) und welche die vermachte Forderung in den Händen des Legatars unwirksam machen, hebt eben so wenig wie die Seitens des Erben erfolgte Liberation des Schuldners das Legat auf, vielmehr muß dem Legatar die Summe aus der Erbschaft entrichtet werden[15]). Von dem legatum nominis zu unterscheiden ist das Vermächtniß einer Summe, deren Zahlung auf eine gewisse Forderung angewiesen ist: dieses Vermächtniß erlischt durch die spätere Einziehung der Forderung, Seitens des Testators, nicht; aber darin ist es dem legatum nominis ähnlich,

8) §§. 427, 408 d. T. — L. 105, L. 39 §. 3 D. de leg. I.

9) §. 408 a. a. O. und das Marginale dazu. L. 44, §§. 5, 6 D. eod.; L. 88, §. 8 D. de leg. II; L. 18 C. eod.

10) §§. 296, 311, 334 a. a. O. S. o. §. 530 Note 25. Darauf gründet sich die Auslegungsregel, daß ein Vermächtniß dessen, was sich in einem gewissen Behältnisse befindet, nicht die Forderungsrechte, worüber die Urkunden darin sind, mit begreift, wenn noch andere Sachen sich darin befinden. Anders ist es mit den wie körperliche Sachen behandelt werdenden Pfandbriefen, Staatsschuldscheinen, Aktien u. dergl. §§. 414, 415 das.

11) §. 409 das. — L. 75, §§. 1, 2 D. de legatis I. S. o. §. 533 Note 10.

12) §. 410 a. a. O. — L 75, §. 2 D. eod. — L. 21 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3); §. 21 J. de leg.

13) §§. 412, 413 a. a. O. Wie nach L. 11, §. 13 D. de leg. III.

14) War die Abrechnung erfolgt, so ist die Forderung noch bei Lebzeiten des Erblassers formell getilgt und damit das Legat erloschen.

15) §§. 411, 313 a. a. O.

daß es ungültig, wenn die Forderung unrichtig ist, und daß der Legatar sich mit Demjenigen begnügen muß, was aus dem angewiesenen Fonds zu erlangen ist[16]. 4. Wird dem Legatarius seine eigene Schuld vermacht, so ist die Wirkung je nach der Person des Gläubigers verschieden. Ist der Testator der Gläubiger, so wird der Legatarius von seiner Schuld nebst allen Zinsen befreit (liberatio legata, legatum liberationis), und der Erbe muß ihm Quittung geben (ihn liberiren); nur ist das Vermächtniß nicht auf erst nach der Errichtung entstandene Schulden zu beziehen[17]; ist der Erbe der Gläubiger, so darf er seine Forderung nicht geltend machen und muß den Legatarius auch förmlich befreien[18]; ist ein Dritter der Gläubiger, so ist der Erbe verbunden, dem Legatarius den Betrag der Schuld zu zahlen. Bedingung der Gültigkeit des Legats ist auch hier das Bestehen der Schuld[19]. Durch Tilgung der Schuld vor dem Tode des Erblassers erlischt dasselbe[20]. Die Schuld des Legatarius kann gleichzeitig auch noch einem Andern legirt werden: alsdann sind Beide Kollegatarien und der Schuldner wird nur für den auf ihn fallenden Theil des Kapitals und von den bis zum Tode des Erblassers bereits fälligen Zinsen gänzlich befreit[21]. II. Nach dem Inhalte sind hervorzuheben: 1. Das Vermächtniß einer Summe. Diese versteht sich in Silberkourant, wie es zur Zeit der Errichtung des Legats gangbar war. 2. Das Vermächtniß jährlicher Hebungen (legatum annuum oder menstruum). Im Zweifel ist anzunehmen, daß das Legat auf die Lebenszeit vermacht sei[22]. Ob davon der Grundsatz: daß die verschiedenen Hebungen als eben so viele einzelne Legate anzusehen, wovon nur das Erste unbedingt, die andern bedingt (sub conditione si vivat)

---

16) §§. 416—420 a. a. O. Also auch die Uneinziehbarkeit trägt der Legatar.

17) §§. 425, 426, 428 das. — §. 13 J. de leg. — Tit. D. de liberatione leg. (XXXIV, 3).

18) L. 77 D. de leg. I. — L. 24, 3, §. 3, L. 7, §. 1, L. 22, 25 D. de lib. leg.

19) §. 429 a. a. O. — L. 13, 25 D. eod.

20) §. 429. — L. 7, §. 4, L. 21 pr., L. 31 pr. D. eod.

21) §. 425 vergl. mit 408 a. a. O. — Vergl. L. 82 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

22) §. 421 a. a. O. — L. 8 D. de annuis leg. (XXXIII, 1); L. 16, §. 1 D. de verborum obligat. (XLV, 1).

vermacht sind[23]), auch nach Pr. R. gelte, ist zweifelhaft, aber wegen der Folgen wichtig; denn es folgt daraus: a) daß dieses Legat nicht auf die Erben des Legatars übergeht; und b) daß der Legatar nur den Anfangspunkt des Zeitabschnitts zu erleben braucht, um das Ganze fordern zu können[24]). Aufgehoben ist dieser Grundsatz so wenig ausdrücklich als folgeweise (Note 25). Ist ein solches Legat auf gewisse jährliche Einkünfte angewiesen, so kann der Legatar nicht mehr fordern, als davon eingeht; doch sollen die Ausfälle eines Jahres aus den in den drei nächsten Jahren sich ergebenden Ueberschüssen, soweit diese dazu hinreichen, berichtigt werden[25]). Ein solches Legat kann auch auf kürzere oder längere Zeit ausgesetzt werden. Wenn es ausdrücklich auf eine kürzere Frist bestimmt ist, so kann damit ein wahres legatum annuum gemeint sein, welches mit dem Tode des Legatars erlischt. Solches wird angenommen, wenn der Testator dem Legatarius Unterhalt verschaffen wollte. Die Absicht kann aber auch gewesen sein, dem Legatarius eine gewisse Summe zuzuwenden, die nur zum Vortheil des Erben in einer bestimmten Reihe von Jahren gezahlt werden soll. Dieses Legat geht, soweit solches der Legatarius selbst noch nicht erhoben hat, auf dessen Erben über[26]). Auch auf ewige Zeiten kann der Testator ein legatum annuum hinterlassen; solches versteht sich, wenn eine juristische Person der Legatarius ist[27]). 3. Das Vermächtniß von Alimenten (legatum alimentorum). Dies ist eine Art des vorigen, daher hier im Allgemeinen dieselben Grundsätze gelten. Das Besondere bezieht sich auf Bestimmung des Umfangs. Sind Alimente oder der Unterhalt ohne Weiteres vermacht, so weiß man zwar, was im Allgemeinen dazu gehört (§. 594), aber das Maß muß in Entstehung gütlicher Vereinigung durch richterliches Ermessen bestimmt werden, wobei auf den Betrag der Hinterlassenschaft, auf das Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Legatarius, und auf den Stand des Letztern Rücksicht zu nehmen

---

23) L. 4 D. de annuis legatis.

24) L. 4, 5, 8, 11 D. eod. — L. 10—12 D. quando dies (XXXVI, 2).

25) §§. 419, 420 a. a. O. — Diese Bestimmung setzt jenen Grundsatz voraus, sonst müßten, wenn alle Hebungen zusammen Eine bloß in Terminen zahlbare Forderung darstellten, die Ueberschüsse ohne Beschränkung zur Berichtigung der darauf angewiesenen Forderungen verwendet werden.

26) L. 20 D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

27) §. 424 a. a. O. — L. 6. D. eod. — L. 22 C. de leg. (VI, 36).

ist[28]). Das A. L. R. schreibt dabei folgende Regeln vor: a) ist der Legatarius nicht im Stande, sich selbst zu verpflegen, wie z. E. ein Kind, so wird angenommen, daß die Alimente nur so lange er sich in diesem Zustande befindet gereicht werden sollen. b) Hatte der Erblasser den Legatarius schon verpflegt, so sind die Alimente nach der Art, wie dieses geschehen, und nach dem Stande, wofür der Erblasser den Legatarius vorbereiten wollte, festzusetzen; sonst ist auf den Stand des Letztern zur Zeit der Errichtung des Legats zu sehen. c) Unter vermachten Alimenten sind die Kosten der Ausstattung und die des Studirens nicht begriffen, wohl aber das Lehrgeld für Erlernung einer Kunst oder eines Handwerks. d) Ist der Legatarius adelig und für den Kriegsdienst bestimmt, so gehören die Kosten der ersten Offiziers-Equipage zu vermachten Alimenten[29]). 4. Das Vermächtniß der Ausstattung. Der Umfang dieses Legats wird auf gleiche Weise, mit Rücksicht auf den Stand des Legatarius, bestimmt; ist aber der Legatarius von höherem Stande als der Erblasser, so beschränkt sich die Aussteuer auf die niedrigste Art für den Stand des Legatarius[30]). Ein solches Legat gilt übrigens, wenn dieserhalb nichts bestimmt worden, für ein unbedingtes, nur zu einem Zwecke bestimmtes[31]).

§. 829.

4. Nebenbestimmungen.

Den letztwilligen Verordnungen können, wie allen andern Willenserklärungen, Bedingungen, ein Termin, ein Zweck, eine Auflage und auch das Ermessen eines Andern beigefügt werden[1]). I. Bedingungen sind bei letzten Willen, nach Pr. R., in derselben Art wie bei Willenserklärungen überhaupt (§§. 117 flg.) zuläßig, auch die auflösende Bedingung bei der Erbeseinsetzung macht keine

---

28) §§. 443, 444 d. T. — L. 22 pr., L. 10, §. 2 D. de alimentis legatis (XXXIV, 1).

29) §§. 441—446 a. a. O. Diese Auslegungsregel paßt für den heutigen Rechtszustand nicht mehr ganz.

30) §§. 447, 448 das.

31) §. 488 a. a. O. Wird der Zweck nicht erfüllt, so fällt das Legat zurück. S. u. Note 34.

1) §. 61 a. a. O.

Ausnahme [2]. 1. Unstatthaft sind alle diejenigen Bedingungen, welche als gültige einer Willenserklärung nicht beigefügt werden können (§§. 119, 120); sie werden hier für nicht geschrieben angesehen [3]. Ein Gleiches gilt von unverständlichen und von vorbehaltenen doch nicht ausgedrückten Bedingungen [4]. Statthaft aber sind die unmöglichen Bedingungen, d. h. die Willenserklärung ist nichtig, nur soll eine, an sich mögliche, aber dem Bedachten noch bei der Lebenszeit des Erblassers unmöglich gewordene Bedingung für erlassen gelten, wenn der Erblasser davon Kenntniß erhalten und an seiner Verordnung nichts geändert hat [5]. Diese erhebliche Abänderung des R. R., welches ganz sachgemäß und folgerecht auch die unmöglichen Bedingungen für nicht geschrieben erklärt [6], ist beliebt worden, weil man die in dieser Hinsicht gemachte Unterscheidung zwischen Verträgen und letzten Willen für eine Spitzfindigkeit hielt [7], ohne zu bedenken, daß man damit sein eigenes Werk für sich widersprechend und spitzfindig erklärte [8]. Statthaft ist ferner, die Uebertretung eines dem Erben oder Legatarius gegebenen nicht unerlaubten Gebots oder Verbots zur Bedingung einer Auflage oder eines sonstigen Nachtheils zu machen, z. E. ein als Strafe verordnetes Vermächtniß (legatum poenae nomine relictum); doch ist das Verbot, den letzten Willen anzufechten, nicht auf den Fall, wenn bloß die Gewißheit und die Richtigkeit desselben bestritten wird, auszudehnen und, wenn es so

---

2) §§. 62, 63, 478, 482, 489 das. — Anders nach R. R. L. 23 pr. D. de hered. institut. (XXVIII, 5). S. o. §. 819, No. II.

3) §. 63 a. a. O. Wie im R. R. die unerlaubten. L. 9, 14, 15 D. de condit. instit. (XXVIII, 7); L. 20 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

4) §. 64 a. a. O. — Anders nach L. 9, §. 5 D. de hered. institut.

5) §§. 504, 505 a. a. O.

6) L. 3 D. eod. — §. 10 J. de hered. instit. (II, 14); L. 50, §. 1, L. 45 D. eod. (XXVIII, 5).

7) Entwurf eines A. G. B. Th. II, Abth. I, S. 31.

8) Die moralisch unmöglichen Bedingungen nämlich erklärt man für nicht geschrieben, die physisch unmöglichen aber für gültig. Was man von physisch unmöglichen Bedingungen sagen könnte, daß nämlich eine Erbeseinsetzung unter der Bedingung, wenn der Berufene seinen Wohnsitz unter dem Wasser auf dem Grunde eines See's aufschlagen würde, als eine Verhöhnung anzusehen, und der Wille darum, weil er nicht ernstlich gemeint gewesen, nicht gelte, eben dasselbe läßt sich vielleicht mit noch größerer Wahrheit von einer Einsetzung unter der Bedingung: „wenn der Eingesetzte seine Mutter heirathen oder erschlagen würde", sagen. Es fehlt also ein vernünftiger Grund, warum zwar die moralisch unmögliche aber nicht die physisch unmögliche Bedingung für nicht beigefügt gelten soll.

gemeint ist, nicht gültig[9]). 2. Die Wirkungen der Bedingungen sind: a) So lange die aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten (conditio pendet), ist die Erbschaft oder das Legat noch nicht deferirt; es gelten in dieser Beziehung die bei Obligationen angenommenen Grundsätze[10]). Eine Ausnahme von der Aufschiebung machen die negativen Potestativ-Bedingungen, z. E. wenn der Legatarius oder Erbe seinen Wittwer- oder Wittwen-Stand nicht verändern wird. Eine solche Bedingung würde bis zum Tode des Bedachten unentschieden bleiben, folglich würde die Einsetzung für ihn ganz unnütz sein. Deshalb wird das Legat als ein unter einer auflösenden Bedingung vermachtes behandelt, es ist jedoch nicht auch die hier nach R. R. übliche cautio Muciana beibehalten[11]). b) Wenn die Bedingung wegfällt (conditio deficit), so wird es so angesehen, als wenn die Erbschaft oder das Legat nie deferirt gewesen wäre. Daraus folgt, daß der Substitut, oder das Zuwachsrecht, oder die Intestaterbfolge eintritt[12]). Wann die Bedingung für weggefallen anzunehmen, ist aus dem Willen des Testators zu bestimmen; es ist aber Regel, daß eine positive Potestativ-Bedingung, für welche weder von dem Testator, noch, auf Anrufen eines Interessenten, von dem Richter eine Frist bestimmt ist, für weggefallen erachtet wird, wenn sie nach Verlauf von 30 Jahren, vom Anfalle an gerechnet, nicht erfüllt worden ist[13]). Die Regel des R. R. aber, daß der bedingt Eingesetzte den Eintritt der Bedingung erleben muß und folglich die Zuwendung, wenn er vorher stirbt, nicht auf seine Erben bringt[14]), ist in den entgegengesetzten Grundsatz abgeändert: das bedingte Recht wird vererbt, ausgenommen, wenn die Bedingung in der eigenen

---

9) §. 457 d. T. — Nach altem R. R. waren solche Legate ungültig; anders nach Justinian. R. §. 36 J. de leg. (II, 20); L. un. C. de his, quae poenae (VI, 41).

10) §§. 478—484 d. T. — S. o. §§. 119, 120. — L. 41 D. de condit. (XXXV, 1); L. 42 pr. D. de oblig. et act. (XLIV, 7).

11) I, 4, §§. 120—123. — L. 7 pr., L. 18 D. de condit.

12) §. 497 a. a. O. — L. 54, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); L. un. §. 7 C. de cad. toll. (VI, 50).

13) §§. 495, 496 a. a. O. Diese Frist gehört in die Kategorie der Bedenk- und Erklärungsfristen (s. o. §. 149, Note 12) und ist daher nicht an die Voraussetzungen und Erfordernisse der Verjährung gebunden.

14) L. 109 D. de condit. (XXXV, 1); L. 59, §. 6 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 4 pr., L. 13, 22 pr. D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. un. §. 7 C. de cad. toll. (VI, 50).

Person des Berufenen in Erfüllung gehen soll[15]). c) Mit dem Augenblicke, wo die Bedingung erfüllt ist (conditio existit), ist die Erbschaft oder das Legat erworben[16]). Die Bedingung ist untheilbar; sie muß daher ganz und vollständig erfüllt sein, um für eingetreten zu gelten; man kann nicht durch theilweise Erfüllung einen verhältnißmäßigen Theil des Vortheils erwerben[17]). Bei mehreren alternativen Bedingungen hat der Beschwerte die Wahl[18]), und wenn Mehreren zusammen eine Bedingung aufgelegt ist, kommt die Erfüllung durch den Einen Allen zu statten[19]), wie bei Korrealschulden. Ist das Legat zu bestimmten Theilen vermacht, so muß Jeder für sich die Bedingung erfüllen[20]). Es gilt für Erfüllung, wenn dieselbe durch Den, der bei dem Wegfall der Bedingung gewinnt, arglistig verhindert wird[21]). Der Eintritt der Bedingung wird nicht, wie im R. R. geschieht[22]), retrotrahirt, und daraus folgt, daß bei der bedingten Erbeseinsetzung der Intestaterbe bis dahin Fiduziarerbe ist und als solcher die Nutzungen hat[23]), so wie daß bei bedingten Legaten der Erbe bis zum Eintritte der Bedingung Eigenthümer bleibt und die Nutzungen behält, selbst noch später als redlicher Besitzer die Früchte und Nutzungen bis dahin, wo ihm der Eintritt der Bedingung angezeigt und gehörig nachgewiesen ist, bezieht[24]). Hieraus folgt ferner, daß die Veräußerung, Verpfändung oder sonstige Belastung eines solchen Legats vor Eintritt der Bedingung, Seitens des Erben, die Redlichkeit des Erwerbers vorausgesetzt, gültig ist und bleibt[25]). Des-

---

15) §. 485 d. T. — I, 9, §§. 369, 370. — I, 4, §§. 161, 162.

16) I, 9, §. 369; I, 12, §. 483.

17) I, 12, §§. 491—493. — L. 56 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

18) §. 490 a. a. O. Wie bei alternativen Obligationen. S. o. §. 455.

19) §§. 498, 499 a. a. O.

20) §. 500 das. — Ist eine Wiederholung der L. 56 D. de cond.

21) I, 4, §§. 105—107, 119. — L. 24, 81 D. de cond. (XXXV, 1); L. 161 D. de reg. jur.

22) L. 54 D. de acquir. vel omitt. (XXIX, 2); L. 138 pr., L. 193 D. de reg. jur.

23) §. 478 d. T. Zwischen dem Intestaterben und dem bedingten Testamentserben besteht dann auch das gleiche Verhältniß wie bei der fideikommissarischen Substitution.

24) §§. 482, 483 das.

25) Anders nach R. R. L. 105 D. de cond. (XXXV, 1); L. 81 pr. D. de leg. I; L. 11, §. 1 D. quemadmodum servit. (VIII, 6); L. 28 D de pignor. (XX, 1); L. 3, §. 3 C. communia de leg. (VI, 43).

halb ist die Frage von Wichtigkeit, inwiefern die Bedingung schon vor dem Tode des Erblassers oder vor der Publikation des Testaments für eingetreten zu erachten. Das Pr. R. unterscheidet in dieser Hinsicht zwischen Potestativ- und anderen Bedingungen. Bei den Letztern ist der Anfall unbedingt, wenn die Bedingung schon vor der Publikation des Testaments eingetreten war; hingegen bei den in einer Handlung des Honorirten bestehenden Bedingungen kommt es darauf an: ob die Handlung wiederholt werden kann. Ist dies nicht der Fall, so ist durch die bereits geschehene Handlung die Einsetzung purifizirt; ist aber Wiederholung möglich, so kommt es weiter darauf an: ob sie unnütze ist. Ist dieses der Fall, so kann die Wiederholung von dem Richter, nach Anhörung der Interessenten, erlassen werden; wo nicht, muß die Handlung wiederholt werden[26]). In diesem Falle kann es also eine Zeit lang ungewiß oder zweifelhaft sein: ob die Bedingung bereits eingetreten sei oder nicht. II. Die Zeitbestimmung (Termin, dies) (§. 121) ist ebenso wie die Bedingung bei der Erbeseinsetzung zulässig[27]), hat jedoch nur alsdann dieselben Wirkungen und Folgen, wenn es ungewiß ist: ob der Tag kommen wird (dies incertus)[28]). Ist der Tag gewiß, so ist das Recht mit dem Anfalle wirklich schon erworben, und kann nur noch nicht geltend gemacht werden (Note 28). Dieses ist es, was die Römer durch dies cedit und dies venit ausdrücken[29]). Ein solcher Tag wird als zu Gunsten des Erben beigefügt betrachtet, daher der Erbe auch früher das Legat zahlen oder übergeben darf[30]). Mit dem Ablaufe der Zeit kommt der Belastete ohne Mahnung in Verzug[31]).

---

26) §§. 501—503 a. a. O.

27) Anders nach §. 9 J. de hered. instit. (II, 14); L. 34 D. eodem (XXVIII, 5).

28) Z. E. das Legat: wenn der Legatar 14 Jahre alt sein wird. L. 22 D. quando dies leg. (XXXVI, 2). — L. 75 D. de cond. (XXXV, 1); L. 30, §. 4 D. de leg. I. Hierauf bezieht sich der §. 486 d. T., sonst könnte nicht die Erwerbung des Eigenthums von dem Eintritt der Zeit abhängig gemacht worden sein, wie durch die Bezugnahme auf §. 483 geschehen ist. Vergl. I, 4, §§. 163—165.

29) L. 21 pr. D. quando dies (XXXVI, 2); L. 213 pr. D. de verb. sign. (L, 16).

30) §. 330 d. T. — L. 1, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); L. 17 D. de reg. jur.

31) §§. 487, 330, 331, 309, 310 a. a. O. Nach der Regel: dies interpellat. etc.

Ist kein Termin bestimmt, so tritt er mit dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist ein, wenn nicht über die Gültigkeit der Verordnung Streit, oder über die Zulänglichkeit der Erbschaft Zweifel entstanden ist[32]). Unbestimmt gelassen ist es, von wo ab im Zweifel eine nach Zeitabschnitten beigefügte Zeit gerechnet werden soll, ob nämlich von der Testamentserrichtung oder von dem Todestage (Anfalle). Nach der gewöhnlichen Denkweise ist zu unterscheiden: ob dabei die Person des Erben als betheiligt gedacht worden ist, oder nicht. In dem ersten Falle, z. E. wenn bestimmt ist, daß das Legat nach Jahren gezahlt werden solle, ist vom Todestage, in dem Andern, z. E. wenn ein Legat unter der Bedingung vermacht ist, wenn binnen 10 Jahren kein Regierungswechsel eintritt, ist von der Testamentserrichtung, d. i. der Tag der gerichtlichen Auf- und Annahme, wenn das Testament nicht ein privilegirtes ist, zu rechnen[33]). III. Die Beifügung eines Zwecks (§. 122) ist bei allen letztwilligen Verfügungen zuläßig. Die Wirkung ist, daß der Eingesetzte, welchem ein Zweck aufgelegt ist, durch die Annahme der Zuwendung verbindlich wird, den Zweck zu erfüllen, sonst verliert er den Vortheil und der Substitut oder der Erbe, beziehlich der Intestaterbe, können das Zugewendete zurückfordern[34]), ausgenommen, wenn die Erfüllung des Zwecks ohne Schuld des damit Beschwerten unmöglich ist und nicht klar erhellet, daß ihm in diesem Falle der Vortheil nicht zugewendet worden sein würde[35]). Ist ein Dritter, der auch das Gemeinwesen sein kann, dabei interessirt, so steht ihm die Testamentsklage (actio ex testamento) zu[36]). Von dem Zwecke (Modus) ist noch der bloße Rath zu unterscheiden. Erhellet nämlich, daß der Testirer nicht um den Bedachten zu beschränken, sondern nur dazu seine Meinung, wie das Zugewendete zum Besten des Begünstigten verwendet werden möchte, beigefügt hat; so ist ein eigentlicher Zweck nicht vorhanden und es bleibt der eigenen Entschließung des Begünstigten über-

---

32) §§. 294—296, 328 a. a. O. Im Falle des Zweifels über die Zulänglichkeit muß der Erbe den Liquidationsprozeß ausbringen, oder zahlen.

33) Vergl. L. 41, §. 4 D. de leg. III.

34) §§. 508—510 a. a. O.; I, 4, §. 154. — L. 17 D. de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2); L. 1 C. de his quae sub modo (VI, 45).

35) §§. 511—513 a. a. O. L. 8, § 7 D. de cond. instit.; L. 92, §. 1 D. de leg. I; L. 2, §. 7, L. 3 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 1 C. de his quae sub modo (VI, 45).

36) §§. 507, 514, 515 a. a. O. — L. 2 C. eodem.

lassen, in wiefern er von dem Rathe Gebrauch machen will[37]. IV. Das Ermessen (arbitrium), d. i. die Willkühr einer Person, kommt vor, um Etwas zu bestimmen, was der Testator unbestimmt gelassen hat. 1. Die Willkühr eines Dritten ist ganz unzuläßig, wenn ihm überlassen sein soll, zu bestimmen: ob der letzte Wille gelten solle oder nicht, oder wer Erbe oder Legatarius sein solle[38]. Auch die Ergänzung der Einsetzung hinsichtlich der Erbportion oder des ganz unbestimmt gelassenen Gegenstandes eines Legats kann nicht in die Willkühr eines Dritten gestellt werden[39]. Nur zur Bestimmung der Modalitäten des letzten Willens, hinsichtlich der Zeit, des Orts, der Güte einer Handlung oder Leistung, ist das Ermessen eines Dritten gestattet[40], und als Bedingung kann die willkührliche Handlung eines Dritten beigefügt werden[41]. 2. Die Willkühr des Begünstigten kann der Testator in allen Beziehungen eintreten lassen. 3. Die Willkühr des Beschwerten ist nur als Bedingung[42] und hinsichtlich der Modalitäten[43] zuläßig.

§. 830.

5. Fassung und Auslegung des Inhalts.

I. Der Inhalt stellt den Willen des Testators dar und muß folglich dem wahren und ersten Willen desselben entsprechen[1]. Die Mängel eines freien Willens wirken hierbei wie bei Willenserklä-

---

37) §. 516 das. — L. 71 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

38) §. 49 d. T. — L. 32 pr., L. 68 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

39) „Nam satis constanter Veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere." L. 32 pr. D. eodem. Daran hat das A. L. R. nichts geändert. Eine Ausnahme s. o. §. 824, Note 8.

40) L. 6 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1). Anwendungen im Pr. R. sind: I, 12, §. 517; §. 495; §. 554.

41) I, 4, §§. 105, 119. — L. 43, §. 2 D. de legat. I verbunden mit L. 52 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

42) Z. E. bei den zur Strafe aufgelegten Vermächtnissen. §. 457. Vergl. L. 3 D. de leg. II; L. 75 pr. D. de leg. I; L. 11, §. 7 D. de leg. III.

43) Z. B. in Ansehung der Zeit die Bestimmung: wann er will. Will er Zeit seines Lebens nicht, so muß der Erbe die Auflage erfüllen. §. 294 verb. mit I, 5, §§. 237, 238. Vergl. L. 11, §. 6, L. 41, §. 13 D. de leg. III; L. 9 D. qui sine manumiss. (XL, 8); L. 46, §. 5 D. de fideicommiss. libertat. (VL, 5).

1) §. 152 d. T. — L. 24 D. de testam. mil. (XXIX, 1).

rungen überhaupt (§§. 104—109). Hinsichtlich des Irrthums im Beweggrunde (§. 107, Nr. 5) ist hier noch zu bemerken: Auf einen solchen Irrthum kann überhaupt nur Rücksicht genommen werden, wenn der Beweggrund angegeben worden ist (causa). Dann kommt es darauf an: ob das Motiv für den Willen des Testators allein entscheidend war oder nicht. War es die alleinige Ursache seiner Willensbestimmung, d. h. würde er die Verfügung nicht so wie geschehen getroffen haben, wenn er nicht im Irrthume gewesen wäre: so ist dieselbe nichtig; hätte er aber doch, noch aus einer andern Ursache, dieselbe Verordnung gemacht: so schadet der beigefügte irrige Beweggrund nicht[2]). Der Irrthum kann sich beziehen: a) auf den Gegenstand, z. E. wenn der Testator eine vermachte fremde Sache für seine eigene hält (§. 826, Note 6); b) auf die Person des Begünstigten, wenn der Testator z. E. ein gewisses Verhältniß zu ihm voraussetzt[3]); c) auf ein Ereigniß, z. E. wenn der Testator glaubt, sein Verwandter sei gestorben[4]). In allen diesen Fällen ist die Willenserklärung unkräftig. Ueberredung ohne Betrug macht die Verfügung nicht unwirksam. II. Der Wille muß so ausgedrückt werden, daß ein bestimmter Sinn herauszufinden ist, sonst gilt die Verordnung für nicht geschrieben[5]); er kann aber in allen bekannten Sprachen und mit allen bekannten Schriftzeichen erklärt werden. 1. Die Richter sollen bei der Aufnahme mündlicher Verordnungen allen Zweideutigkeiten vorzubeugen bemüht sein, Korrekturen und Rasuren unterlassen, vielmehr die Aenderungen und Verbesserungen auf den Rand setzen oder im Verlaufe des Protokolls vermerken und sich der Abkürzungen enthalten, auch die Summen mit Buchstaben schreiben[6]). Die Nichtbefolgung dieser Vorschriften hat aber keine Nichtigkeit zur Folge, wenn die Schrift nur leserlich ist und bei der Korrektur nur keine Fälschung vorgefallen ist, welche Der beweisen muß, welcher sie behauptet[7]). Aus

---

2) Hierauf bezieht sich der Satz: falsa causa non nocet. A. L. R. I, 4 §. 150. — L. 17, §. 2 D. de condit. (XXXV, 1); §. 31 J. de leg. (II, 20). — Ulpian, XXIV, §. 19.

3) L. 14, §. 2 D. de lib. exhered. (XXVIII, 2); L. 5 C. de testam. (VI, 23); L. 4, 7 C. de hered. instituend. (VI, 24).

4) §. 577 d. T. — L. 28 D. de inoff. testam. (V, 2); L. 92, D. de hered. instituend. (XXVIII, 5); L. 9, 10 C. de testam. mil. (VI, 21).

5) §. 64 d. T. — L. 2 D. de his quae pro non scriptis (XXXIV, 8).

6) §§. 153, 155, 156 dies. Tit.

7) §. 159 d. T. — Schles. Arch., Bd. V, S. 224 u. 232. Der Richter

den Sprach- und Schriftzeichen, deren man sich zur Willenserklärung bedient hat, muß der Wille durch Auslegung gefunden werden, wobei die allgemeinen Auslegungsregeln zur Anwendung kommen[8]). 2. Ergeben die Worte und Zeichen einen dem unzweifelhaften Willen entgegengesetzten Sinn, so gilt nach Pr. R. wie nach R. R. diese Regel: eine falsche Benennung oder Bezeichnung der Sache oder der Person (falsa demonstratio) ist unschädlich, wenn nur sonst der eigentliche Wille des Testators deutlich erhellet[9]). Ist jedoch der wirkliche Wille nicht aus der Erklärung zu entnehmen, aber auf andere Weise dargethan, und betrifft die Abweichung den Gegenstand oder die Person: so ist die Verfügung ungültig, weil die falsch bezeichnete Sache oder Person nicht gemeint ist, und in Ansehung der Gemeinten die Willenserklärung fehlt[10]). Fehler in Summen oder Zahlenverhältnissen schaden nicht: ist eine geringere Summe oder Zahl als geschrieben gemeint, so gilt die Geringere; ist eine höhere gemeint, so gilt Das was geschrieben steht, weil solches in der gewollten größeren Zahl mit begriffen ist[11]). 3. Im zweifelhaften Falle ist zum Vortheile des Belasteten auszulegen[12]); und in soweit die gesetzliche Erbfolge nicht ausgeschlossen, ist nach deren Regeln die fehlende Bestimmung zu ergänzen[13]). 4. Nachfolgende Wortbedeutungen sind zu beachten: a) Sind die Verwandten des Testators ohne nähere Bestimmung eingesetzt, so sind Diejenigen verstanden, welche nach der am Wohnorte des Testirers geltenden gesetzlichen Erbfolge zur Zeit des Anfalls berufen sind[14]); ist Etwas zum Besten oder Flor der Familie ausgesetzt, so sollen bei Adeligen muthmaßlich nur die männlichen Nachkommen daran Theil nehmen[15]). b) Der Ausdruck

---

wird aber den Parteien für die Kosten des dadurch verursachten Prozesses verantwortlich. §. 158 a. a. O.

8) §. 519 d. T. — S. o. §. 132, Bd. I, S. 270.

9) §. 518 d. T. — L. 48, §. 4 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 17, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); §§. 29, 30 J. de leg. (II, 20); L. 7, §. 1 C. eodem. (VI, 37); L. 4 C. de testam. (VI, 23); Ulpian. XXIV, §. 19.

10) L. 9 pr., §§. 1, 4 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 4 pr. D. de leg. I; L. 4, §. 10 D. de doli except. (XLIV, 4).

11) L. 9, §§. 2–4 D. de hered. institut.

12) A. L. R. §. 520 a. a. O. — L. 17 D. de reg. jur. War streitig.

13) §. 521 a. a. O.

14) §. 522 das. — Voet Commentar. XXVIII, 5, §§. 16–20.

15) §§. 523, 524 dies. Tit.

„Kinder“ bedeutet in einer letztwilligen Verfügung auch die fernern Abkömmlinge, welche in dem Nachlasse ihrer unmittelbaren Eltern pflichttheilsberechtigt und an deren Stelle getreten sind; ist den „Kindern“ einer Person Etwas vermacht worden, so werden auch die zur Zeit des Anfalls bereits Empfangenen, wenn sie lebensfähig geboren werden, mit begriffen; besteht ein solches Vermächtniß in einem erst künftig fällig werdenden Genusse, so nehmen auch die Nachgeborenen, wenngleich sie zur Zeit des Anfalls noch nicht empfangen waren, daran Theil[16]).

§. 831.

IV. Wechselseitige Testamente.

I, 12, §§. 614—616. — II, 1, §§. 482—492. — Sommer, Beiträge zur Lehre vom wechselseitigen Testamente der Ehegatten (Ulrich, Arch. Bd. II, S. 233 flg.) — Jo. Sam. Stryck, de testamentis conjugum reciprocis. Halae, 1702. — Hasse, vom wechselseitigen Testament, und von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideikommiß; im Rhein. Museum, Jahrg. III (1829), S. 239 flg. und 490 flg. — C. G. Biener, Opusc. academ. ed. F. A. Biener, II, No. 37 (quaest. cap. XL.) — Mühlenbruch, in Glück's Kommentar, Th. 23, S. 50 flg., und Th. 38, S. 216, Note 74.

I. Der gemeine Rechtsgebrauch gestattet die Errichtung der Testamente Mehrerer in Einem Akte, ohne dazu ein Verhältniß unter den Testatoren vorauszusetzen. Man unterscheidet, nach der Erbeseinsetzung und der dabei genommenen Rücksicht: 1. mehrfache Testamente (testamenta mutua), worin jeder Testator ohne Rücksicht auf den Andern und dessen Erben verfügt[1]); 2. wechselseitige Testamente (test. reciproca), worin Jeder den Andern zu seinem Erben einsetzt; 3. korrespektive Testamente (testam. correspectiva), wenn in einem wechselseitigen Testamente die Erbeseinsetzung von Jedem mit Rücksicht auf seine Berufung von Seiten des Andern geschehen ist[2]). Dieses Testament hat das Besondere, daß, weil

---

16) §§. 526—530 das. — L. 5, 6 D. de testam. tutela (XXVI, 2).

1) Boeckler, de testamentis mutuis in una charta, Arg. 1711. — Clout D. de testamento duorum una tabula conditorum. Lugd. Bat. 1788.

2) Balley, Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute. Stuttgart 1846. — Boettger, D. de natura et indole testamenti

die Erbeseinsetzung auf jeder Seite nur unter der Voraussetzung und in der Hoffnung, daß die Einsetzung auf der andern Seite unverändert bleiben werde, getroffen ist, das Testament durch den Widerruf des Einen, oder durch die Ungültigkeit der Erbeseinsetzung auf der einen Seite, zugleich auch in Ansehung der, zu Gunsten des Widerrufenden getroffenen, Verfügungen des Andern unkräftig wird. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn eine dergleichen s. g. korrespektive Erbeseinsetzung in zwei besonderen Testamenten stattgefunden hat [3]). II. Die Bestimmungen des A. L. R. hierüber sind zweifelhaft. „Wechselseitige Testamente", heißt es, „wodurch Einer den Andern, in Rücksicht der von Diesem geschehenen Erbeseinsetzung, zu seinem Erben ernennt, können nur unter Eheleuten errichtet werden [4])." Hiernach ist nur das s. g. korrespektive Testament in Einem Schriftstücke andern Personen außer den Eheleuten verboten. Daraus könnte argumento e contrario bewiesen werden, daß andere Testamente Mehrerer in Einem Akte unverboten seien; daß folglich Mehrere, die zufällig gleichzeitig testiren wollten, zusammenkommen und in Einer Urkunde ihre Testamente errichten könnten [5]). Doch ist Dieses wol nicht gemeint und dergleichen Testamente sind in der That auch nicht gebräuchlich. Die Bestimmung will ohne Zweifel sagen: Testamente Mehrerer, welche in Einer Urkunde errichtet werden, gelten nicht, ausgenommen wenn die Testatoren Eheleute sind [6]). Andere Personen können zwar korrespektive Testamente errichten, doch nur in verschiedenen Instrumenten; alsdann gilt aber der Grundsatz, daß durch den Widerruf des Einen auch die Erbeseinsetzung in dem Andern unkräftig wird [7]). Von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute gelten diese Regeln: 1. Jedes wechselseitige

---

correspectivi. Marb. 1793. — Derselbe über wechselseitige, besonders correspective Testamente (im Waffenträger der Gesetze, Bd. III, S. 213 flg.)

3) Hoffacker, Principia jur. civil., Tom. II, §. 1360.

4) §. 614 a. a. O.

5) Wegen der Kosten wäre Das keine unmotivirte Unternehmung, denn ein förmliches Testament bei einem Vermögen von 500 Thlr. und darüber kostete, in aedibus aufgenommen, ohne Reisekosten, nach der frühern Obergerichts-Sporteltaxe 13—21 Thlr.; nach der jetzt zur Anwendung kommenden Taxe weniger.

6) Vergl. II, 1, §. 482. Andere Gesetzgebungen verbieten dergleichen Testamente ausdrücklich, bei Strafe der Nullität, z. B. der Code civil, Art. 968 und 1097.

7) I, 12, §. 616. Nicht das ganze Testament.

Testament, d. h. ein solches, worin Jeder den Andern zum Erben einsetzt, wird für ein korrespektives angesehen, wenn auch nicht ausgedrückt ist, daß die Einsetzung mit Rücksicht auf die anderteilige Einsetzung oder wegen derselben geschehen, folglich wird durch den Widerruf Eines der Ehegatten auch die Verordnung des Andern hinsichtlich der dem Widerrufenden zugedachten Vortheile vernichtet; und es ist Eheleuten überhaupt nicht gestattet, anders als in Einem Instrument wechselseitig zu testiren[8]). In Ansehung der Form gilt sonst nichts besonderes, es ist daher gleichgültig, wer ein schriftliches Testament geschrieben hat, wenn nur beide Eheleute unterschrieben haben[9]). 2. Ist ein von Eheleuten errichtetes gemeinschaftliches Testament kein wechselseitiges, so wird die Verordnung des Einen durch den Widerruf des Andern nicht ungültig. Daher bleiben auch in den wechselseitigen (korrespektiven) Testamenten alle Verordnungen des Einen bei Kräften, welche und in soweit sie nicht zum Vortheile des widerrufenden Andern errichtet sind, gleichwie auch einseitige Aenderungen und Zusätze, wodurch der Andere nicht in Nachtheil kommt, die anderseitige Verfügung nicht aufheben, während dergleichen Aenderungen in Vermächtnissen und Nebenverfügungen ungültig sind, insofern sie dem Andern nachtheilig werden[10]). 3. Durch die Scheidung der Eheleute soll das ganze wechselseitige Testament, also auch in Hinsicht der Verfügungen, die den andern Ehegatten nicht angehen, ungültig werden[11]). 4. Nimmt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Testamente an, so gelten natürlich alle ihm von dem Erstverstorbenen gemachten Auflagen, mithin auch die fideikommissarische Substitution hinsichtlich des eigenen Vermögens des Erben[12]); überdieß aber soll der Ueberlebende auch gehalten sein, bei seinen eigenen Einsetzungen auf seinen Todesfall, soweit sie nicht die Person des Erstverstorbenen betreffen, stehen zu bleiben,

---

8) II, 1, §§. 483, 485. Damit ist nicht verboten, daß Jeder der Eheleute für sich ein Testament errichte, worin er den Andern zum Erben beruft.

9) §. 484 a. a. O. Vorausgesetzt, daß sie Geschriebenes lesen können.

10) §§. 486—488 das.

11) §. 489 a. a. O. Der Grund zu dieser Abweichung von dem Prinzip bei 2 ist unbekannt.

12) Das Recht, die Restitution bei Eintritt des Falles zu fordern, erwerben die Substituten schon mit dem Tode des Erstverstorbenen, denn Dieser ist ihr Erblasser und der überlebende Ehegatte ist Fiduziar. Schles. Arch. Bd. III, S. 572 flg.

wenn und sofern der Erstverstorbene ihm mit Rücksicht darauf seinen Nachlaß zugewendet hat, was aus der Fassung oder aus den Umständen zu entnehmen ist, aber nicht auf andere Weise bewiesen werden darf[13]). Es wird vermuthet, bei solchen Verordnungen des Ueberlebenden, welche zum Vortheile der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder Freunde des Erstverstorbenen abzielen[14]). Diese haben dann ein Erbrecht auf den ganzen Nachlaß des Letztversterbenden, mit Inbegriff der nach dem Tode des Erstverstorbenen gemachten Erwerbungen[15]); sie transmittiren auch dieses Recht auf ihre Erben, wenn sie vor dem überlebenden Ehegatten sterben, aber den Erstverstorbenen überlebt haben[16]). Was von der Universalsuccession das gilt auch von der wechselseitig verordneten Singularsuccession, d. h.: den Eheleuten ist unverboten, auch wechselseitige Kodizille, ohne ein Testament, zu errichten.

V. Ungültigkeit letztwilliger Verordnungen.

§. 832.

1. Ungültigkeit von Anfang.

Die Ungültigkeit einer letztwilligen Verordnung kann von Anfang vorhanden sein, oder auch erst im Verlaufe der Zeit eintreten; sie kann ferner hinsichtlich der ganzen Verordnung, oder auch bloß einzelner Verfügungen vorkommen. I. Die Regel des R. R., daß ein von Anfang nichtiges Testament später niemals gültig werden kann[1]), gilt im Pr. R. nicht allgemein, sondern die verschiedenen Nichtigkeiten sind nach ihrem Grunde zu unterscheiden. 1. Ein wegen eines Formfehlers ungültiges Testament

---

13) §. 492 a. a. O. In diesem Falle ist der juristische Grund eine Obligation, welche aus der Erbesantretung für den Ueberlebenden entsteht; denn aus dem Fideikommisse allein folgt das nicht, weil das Onus nicht den Honos übersteigen kann. S. o. §. 824 No. III.

14) §. 493 a. a. O.

15) Präjud. des Trib.; in der Jur. Wochenschrift 1835, S. 435 flg.

16) Aus dem Note 13 angegebenen Grunde. Schles. Archiv. Bd. III, S. 581.

1) L. 29, 210 D. de reg. jur. — Tit. D. de reg. Caton. (XXXIV, 7).

(testamentum injustum s. non jure factum) kann dadurch gültig werden, daß ein späteres Gesetz nur diejenigen Förmlichkeiten fordert, welche bei dem Testament beobachtet worden sind[2]). Hierher gehört auch das nicht gehörig vollendete Testament (testam. non perfectum)[3]). 2. Ein wegen Mangels der Testamentsfähigkeit des Testators ungültiges Testament (testamentum nullum) bleibt ungültig, wenn die Unfähigkeit sich auf einen natürlichen Mangel gründet, wird aber gültig, wenn der Grund ein juristischer Mangel ist und dieser später gehoben wird[4]). Die Fähigkeit des Honorirten kommt immer erst zur Zeit des Anfalls in Betracht (§. 819, III). Mängel des Inhalts, ausgenommen die Unverständlichkeit, sowie die Erbeseinsetzung mit Vernachlässigung des Pflichttheilsberechtigten, sind nach Pr. R. keine Nichtigkeitsgründe. Ein testamentum injustum und ein nullum ist auch nach Pr. R. immer durch und durch ungültig[5]). II. Einzelne von Anfang ungültige Verfügungen sind: 1. Vermächtnisse, welche zur Beschimpfung des Legatarius errichtet sind[6]); 2. Vermächtnisse, welche einer der bei der Aufnahme der Verordnung amtlich handelnden Gerichtspersonen ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form zugeschrieben werden[7]); 3. Vermächtnisse von Sachen, welche nicht vorhanden oder welche nicht im Verkehre sind (§. 826); 4. Vermächtnisse, welche solchen Personen ausgesetzt werden, die intestabiles sind, oder welche die Erwerbungsfähigkeit verloren haben (§. 819, III); 5. Vermächtnisse, welche in den Willen des Erben gestellt sind, nicht aber auch solche, welche in den Willen eines Dritten gesetzt sind; denn diese sind bedingte Legate, nämlich unter der Bedingung: wenn der Dritte etwas thun wird[7a]).

---

2) §. 563 d. T. verb. mit §. 17 der Einl. z. A. L. R. — S. o. §. 128.

3) Z. E. das privilegirte Testament einer gesandtschaftlichen Person, welches noch nicht zur Post gegeben ist. S. o. §. 816 No. VI. — Vergl. L. 25 D. qui testam. (XXVIII, 1); L. 3, 21, §. 1 C. de testam. (VI, 23); L. 9 C. qui testam. (VI, 22).

4) §§. 12, 13 d. T. — S. o. §. 818.

5) §§. 12, 139 a. a. O. Wenn es nämlich nicht kräftig geworden. S. die vorige Note.

6) Weil eine solche Willenserklärung keine erlaubte, mithin nicht geeignet ist, Rechte zu übertragen. I, 3, §§. 30, 31 verb. mit Einleit. §. 87 und II, 20, §. 538 flg. — L. 54 pr. D. de leg. I; L. 9, §. 8 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

7) I, 12, §§. 136–138. — Vergl. L. 1, §. 8, L. 15, §. 1 D. de lege Cornel. (XLVIII, 10). — Tit. C. de his qui sibi (IX, 23).

7a) L. 43, §. 2 D. de leg. I; L. 52 D. condit. (XXXV, 1).

2. Später eintretende Ungültigkeit.

§. 833.

a) In Ansehung der ganzen Verordnung.

Nachherige Ungültigkeit und zwar in Ansehung des ganzen Testaments (test. irritum) tritt ein: I. bei militairischen Testamenten, wenn der Testator desertirt; durch Begnadigung wird das Testament nicht wieder hergestellt[8]); II. bei privilegirten Testamenten durch Ablauf der Zeit (§. 816); III. wenn der Fall einer Succession gegen den Willen (contra tabulas) des Testators eintritt (test. ruptum). Dieses geschieht: 1. wenn der Testator einen Andern an Kindesstatt angenommen und wegen der Erbfolge desselben im Testamente nicht verfügt hat; 2. wenn ein verschollenes und für todt gehaltenes Kind nach der Testamentserrichtung zurückkehrt, oder wenn dem Testator noch Kinder oder zur unmittelbaren Erbfolge berechtigte Enkel nachgeboren werden und darauf ein Jahr verstrichen ist, ohne daß der Testator in Ansehung ihrer Etwas verfügt hat[9]). Hierher gehört zwar auch der Fall, wenn das Testament mit der Inoffiziositätsquerel angegriffen wird; doch wird darauf, nach Pr. R., nicht das ganze Testament rescindirt, sondern dem Verletzten nur der Pflichttheil zugesprochen[10]). IV. Durch Widerruf des Testators, nach der Regel, daß jede einseitige Willenserklärung bis zum Tode beliebig zurückgenommen oder geändert werden kann[11]). Der Widerruf kann ge-

---

8) §. 197 a. a. O.

9) II, 2, §§. 450, 451, 454—456. S. unten §. 863. — L. 1 D. de injusto (XXVIII, 3); §. 1 J. quibus mod. testamenta infirm. (II, 17). L. 27, §. 4, L. 28 D. de inoff. testam. (V, 2); L. 92 D. de hered. instit. (XXVIII, 5). Gilt nicht von Erbverträgen, am wenigsten im Falle der Adoption, weil man sich durch willkührliche Handlungen nicht einseitig freimachen kann. Auch die Geburt von Pflichttheilsberechtigten hebt schon bestehende zweiseitige Verträge nicht auf.

10) §§. 432—437 a. a. O. — S. unten §. 862.

11) I, 12, §. 564. — „ambulatoria est voluntas usque ad vitae supremum exitum." L. 4 D. de adim. leg. (XXXIV, 4); L. 22 pr. D. de leg. III; L. 61 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 15 C. de pact. (II, 3); L. 34 C. de transact. (II, 4). Wer das Klostergelübde abgelegt hat, ist todt und kann nicht mehr widerrufen. II, 11, §. 1199.

schehen: 1. durch Zurücknahme des Testaments, die auch einem erst nach der Errichtung gewordenen Verschwender unverwehrt ist[12]). Diese dem R. R. unbekannte Aufhebungsart entspricht der absichtlichen Vernichtung[13]). Daher ist es ganz folgerecht, daß ein zurückgenommenes Testament, welches noch unversehrt im Nachlasse vorgefunden wird, in keiner Hinsicht, auch nicht in Ansehung der darin ausgesetzten Legate, selbst wenn dazu eine außergerichtliche Verordnung genügend gewesen oder darauf in einem spätern Testamente im Allgemeinen Bezug genommen worden wäre, mehr gilt, und daß, wenn dasselbe wieder hergestellt werden soll, eben dasselbe Verfahren vollständig wiederholt werden muß, wie es bei der ersten und ursprünglichen Errichtung eines Testaments vorgeschrieben ist[14]). Die Ungültigkeit tritt erst mit dem Augenblicke ein, wo der Testator persönlich oder durch einen gerichtlich bestellten Bevollmächtigten das Testament wirklich zurückempfangen hat, wenn er auch nicht mehr die Quittung hätte unterschreiben können; das Zurückforderungsgesuch, wenn es nicht zugleich einen Widerruf und zwar in der dafür vorgeschriebenen Form (3) enthält, macht das Testament noch nicht unkräftig[15]). Ist ein Testament in mehreren Exemplaren errichtet und bei verschiedenen Gerichten niedergelegt; so wird es durch Zurücknahme erst dann ungültig, wenn der Testator alle Exemplare zurückgenommen hat[16]). 2. Durch Errichtung eines neuen Testaments, oder Schließung eines Erbvertrages, worin ein anderer Erbe als in dem alten Testamente eingesetzt ist[17]). Der Grund davon, daß ein Testament durch ein späteres ungültig wird, liegt nach R. R. in der Regel: nemo pro parte etc. Deswegen konnten nicht zwei Testamente nebeneinander bestehen, und selbst die Erklärung des Testators in dem zweiten Testamente, daß das Erste bestehen bleiben solle,

---

12) §§. 565, 591 das. — Anh. §. 42. R. vom 2. Septbr. 1793 (Rabe, II, S. 474).

13) L. 30 C. de testam. et quemadmodum (VI, 23).

14) I, 12, §§. 565, 567. Pr. 2172, v. 31. Decbr. 1849, u. v. 28. Dezbr. 1849 (Entsch. XIX, 178 u. 171).

15) §§. 569—571 das. — Ges. vom 11. Juli 1845, §. 2, lit. b. (G. S. S. 495). Vergl. das R. vom 1. März 1802 a. E. (N. A. Bd. II, S. 382; Rabe, Bd. VII, S. 66).

16) §. 568 dies. Tit. — Nach L. 4 D. de his quae in test. (XXVIII, 4) kommt es dabei auf die Absicht an.

17) So ist der §. 572 das. zu verstehen. Vergl. §. 574 a. a. O. Hinsichtlich des Erbvertrags s. Präjud. des Otr. vom 1. Februar 1799 (Mathis, Bd. III, S. 174).

hatte keine andere Wirkung, als daß dasselbe als Kodizill und die darin enthaltene Erbeseinsetzung als fideikommissarische Substitution angesehen wurde[18]). Anders bei militairischen Testamenten: dabei kam es auf den Willen des Testators an[19]). So ist es auch nach Pr. R. Ist in dem zweiten Testamente schlechthin ein anderer Erbe berufen, ohne daß der ältern Verfügung weiter gedacht worden, so wird angenommen, daß der Testator das frühere Testament habe widerrufen wollen, weshalb es durchweg ungültig ist; hat er aber eine andere Willensmeinung deutlich erklärt: so geht es nach dieser. Soll darnach die frühere Erbeseinsetzung fortbestehen, so sind der alte und der neue Erbe Miterben und alle in dem frühern Testamente ausgesetzte und sonst nicht aufgehobene Legate bleiben gültig; ist die alte Erbeseinsetzung ganz mit Stillschweigen übergangen oder gar ausdrücklich verworfen: so gelten auch die Legate nur in soweit, als sie in dem neuen Testamente ausdrücklich wiederholt oder bestätigt sind[20]). Ein Kodizill wird durch ein späteres Kodizill oder Testament nicht aufgehoben, es müßte denn das spätere eine ausdrückliche Aufhebung enthalten[21]). Dafür wird es, sofern aus der Fassung nicht das Gegentheil klar ist, genommen, wenn in der spätern Verordnung einer schon früher bedachten Person ein Legat beschieden wird: in diesem Falle hat sie nur das spätere Legat zu fordern (Translation mit Veränderung des Objekts. S. u. §. 834, II, 2, c.). In dieser Beziehung wird, wenn ein Testament und ein Kodizill gleichzeitig übergeben werden und sich aus den Datis nicht das Gegentheil ergiebt[22]), angenommen, daß das Kodizill jünger sei[23]). Damit ein Testament ein früheres umstoße, muß es von Anfang gültig sein oder doch wenigstens die Erfordernisse eines gültigen Widerrufs

---

18) §. 3 J. quib. mod. test. (II, 17); L. 12, §. 1 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 29 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

19) L. 9 pr., L. 36, § 4 D. de testam. mil. (XXIX, 1).

20) §§. 572, 574, 576, 579 a. a. O. Ist Alles bloße Willensauslegung.

21) §§. 583, 584, 572 das. Das gilt auch nach R. R., weil Beide nebeneinander, zufolge der Rechtsregel, bestehen können. Deshalb versteht sich der Satz nach Pr. R. von selbst. §. 3 J. de codicillis (II, 25); L. 3 C. eod. (VI, 36). Nach älterm R. R. mußten jedoch die ante testamentum errichteten Kodizille in dem Testamente bestätigt werden. L. 5 D. de jure codicill. (XXIX, 7).

22) Wie z. B. wenn Beide das gleiche oder gar kein Datum haben.

23) §§. 585, 586 a. a. O.

haben[24]). Ist das neue Testament nur wegen wesentlichen Irrthums im Punkte der Erbeseinsetzung ungültig (§. 830, Note 4), so gelten die übrigen Verfügungen, insoweit dadurch Nebenverfügungen in dem alten gültig bleibenden Testamente aufgehoben werden[25]). Wird das neue Testament erst später ungültig, so wird dadurch das Alte nicht wieder hergestellt, sondern es gelten Beide nicht und es kommt zur Intestaterbfolge[26]). Davon gilt die Ausnahme, daß wenn das spätere Testament wieder zurückgenommen wird und das frühere liegen bleibt, Dieses Geltung hat[27]). Der bloße Widerruf des spätern Testaments begründet diese Ausnahme nicht, wenn nicht darin eine in Testamentsform verlautbarte Erklärung, daß das frühere Testament wieder gelten solle, enthalten ist, die dann ein neues Testament darstellt. 3. Durch bloßen Widerruf. Dieser erfordert, um wirksam zu sein, die Form der mündlichen Testamente, also eine vor besetztem Gerichte abgegebene, und unter den bei Testamenten vorgeschriebenen Förmlichkeiten unterzeichnete, Erklärung; die Niederlegung in das Depositum gehört nicht mehr zu den wesentlichen Erfordernissen der Testamentserrichtung, folglich auch nicht zur Gültigkeit des Widerrufs[28]). Unter den Umständen, unter welchen in einer privilegirten Form testirt werden darf, kann auch in derselben Form ein förmliches sowohl wie ein privilegirtes Testament widerrufen werden, doch erlischt der Widerruf durch Ablauf der für privilegirte Testamente bestimmten Zeit, und es muß mithin im Laufe derselben entweder der Widerruf in der ordentlichen Form erklärt oder das Testament zurückgenommen werden, um Es für immer

---

24) §. 581 das. — L. 2, 11 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 2 D. de lib. et posthum. (XXVII, 2); §. 2, 7 J. quib. mod. test. (II, 17).

25) §§. 577—579 a. a. O.

26) §. 580 das. — L. 3, §. 4 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 36, §. 4 D. de test. mil. (XXIX, 1).

27) §. 582 a. a. O. Es ist dann ungewiß, ob das spätere Testament von der Beschaffenheit war um das frühere aufzuheben. Auch liegt in der Zurücknahme, die im R. R. der Vernichtung gleich steht, die Erklärung des Testators, daß das frühere Testament wieder hergestellt sein solle. L. 11, §. 2 D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVII, 11).

28) §§. 587, 592 a. a. O. — S. o. §. 815, Note 23. — Schles. Arch. Bd. V, S. 239. Die dagegen erhobenen Zweifel sind nicht begründet, weil sie auf dem Irrthume beruhen, daß die Annahme eines Testaments ad depositum ein Erforderniß der Gültigkeit sei.

zu vernichten[29]. V. Durch unabsichtliche Vernichtung oder zufälligen Verlust wird das Testament oder Kodizill rechtlich nicht ungültig, aber thatsächlich wird es unwirksam, wenn der Inhalt nicht vollständig zu erweisen ist; ein nothwendiger Eid findet nicht statt[30]. VI. Durch Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des Berufenen, oder durch dessen Untergang vor dem Tode des Testators (testam. destitutum). Doch wird nach Pr. R. nicht das ganze Testament, sondern nur die Erbeseinsetzung und die Verordnung, welche eine bloß persönliche Handlung des eingesetzten Erben betrifft, ungültig; die Vermächtnisse gehen auf die Intestaterben über, wenn kein Substitut (§. 821) vorhanden ist, oder die Erbschaft annehmen will[31]. VII. In demselben Maße wird das Testament dadurch unwirksam, daß der eingesetzte Erbe den Testirer verhindert hat, ein anderes Testament zu machen[32].

§. 834.

b) Aufhebung von Singularsuccessionen.

Einzelne Vermächtnisse werden wieder ungültig: I. zufällig 1. durch den Untergang der Sache (§. 826, Note 14); 2. durch

---

29) §§. 588—592 a. a. O. Ueber den formlosen Widerruf vor drei Zeugen nach R. R. s. L. 27 C. de testam. (VI, 23); L. 6 C. Th. eod. (IV, 4); §. 7 J. quib. mod. testam. (II, 17).

30) §§. 602—604 das. — L. 20 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 30 C. de testam. (VI, 23). — L. 1. §. 3 D. de his quae in testam. (XXVIII, 4); L. 1, §§. 3, 7 D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVIII, 11); L. 2, 11 C. de testam.

31) §§. 277—280 a. a. O. — Anders nach L. 108 D. de reg. jur.; L. 9 D. de test. tutela (XXVI, 2). Eine Ausnahme davon machte der Prätor, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft dolo malo ausschlug, um dadurch die Legate den Honorirten zu entziehen und entweder selbst (als Erbe ab intestato) zu gewinnen oder den Gewinn einem Andern zuzuwenden. In diesem Falle gab der Prätor den Legataren eine actio utilis gegen den Erbschaftsbesitzer, indem fingirt wurde, derselbe habe ex testamento angetreten; die Klage ging subsidiarisch auch gegen den Institutus, wenn dieser dafür, daß er die Erbschaft ausgeschlagen hatte, um sie ohne Lasten dem Dritten zuzuwenden, Vergeltung erhalten hatte. L. 1 pr. §. 9, L. 2, §. 1, L. 30 D. si quis omissa (XXIX, 4). Das Pr. R. gelangt dazu auf geradem Wege: die Vermächtnisse gehen immer auf den Intestaterben über, und wenn der nächste Intestaterbe selbst der Eingesetzte ist und die Erbschaft ausschlägt, so kann er sie ab intestato nicht erwerben. I, 9, §. 401; II, 1, §§. 490, 491. Es gelangt dann der nächstfolgende Verwandte zur Nachfolge, zur Strafe des Dolus. Anders hat die Satzung keinen Sinn.

32) §. 605 a. a. O. Findet sich schon im Pr. L. R. V, 5, Art. 1, §. 4, n. 9 und Art. 1, n. 4.

freigebigen Erwerb der Sache (§. 826, Note 12); 3. durch den Tod des Legatarius vor dem Anfalle. II. Durch Zurücknahme des Legats (ademtio). Sie geschieht wirksam: 1. durch wörtlich ausgedrückte Erklärung in nachbenannten Formen: a) mündlich vor Notar und Zeugen; b) schriftlich in einem eigenhändig vom Testator ge- und unterschriebenen Aufsatze; c) schriftlich in einem von ihm auch nur unterschriebenen Aufsatze, wenn darin die Ursache ausgedrückt ist und diese künftig bewiesen wird [1]); d) mündlich ohne alle Form, wenn das widerrufene Vermächtniß in einer außergerichtlichen Verordnung ausgesetzt ist [2]). Der Fall der zweideutigen ademtio legati (wenn zwei Legatare gleiches Namens sind und die Zurücknahme den Gemeinten zweifelhaft läßt) ist unentschieden; bei der datio legati hat das A. L. R. in dem gleichen Falle den entgegengesetzten Grundsatz des R. R. [3]). 2. Durch Handlungen, und zwar: a) durch Wegstreichung, Auslöschung oder sonstige Unleserlichmachung eines Vermächtnisses, oder auch nur des Namens des Legatarius, der Sache oder der Summe in einer außergerichtlichen Verordnung [4]); b) durch Veräußerung oder Verwandlung der vermachten Sache unter gewissen Voraussetzungen (§. 826, Nr. 1, c); c) durch Uebertragung eines Legats (translatio, d. i. ademtio und datio zusammen). Sie kann geschehen durch Veränderung der Person des Honorirten, oder des Onerirten, oder durch Veränderung des Objekts, oder des Modus; auch können mehrere dieser Veränderungen mit einander verbunden werden. In allen Fällen gilt die Regel: die Absicht des Testators, das Legat durch die Veränderung zurücknehmen zu

---

1) §§. 593—595 a. a. O. Ob in dem letzten Falle der Belastete einen vollständigen Beweis aufbringen muß, läßt der Ausdruck: „und dieser der Wahrheit gemäß befunden wird," zweifelhaft. Nach dem Wortsinne ist es anzunehmen, denn der Richter soll die Ursache der Wahrheit gemäß befinden, d. i. aus den ihm vorgelegten Beweisen.

2) §. 597 das. Dieser Widerruf muß vollständig bewiesen werden, nach dem Ausdrucke: „hinreichender Beweis."

3) S. o. §. 824, Note 10 und dazu noch L. 3, §. 7, L. 14, §. 1 D. de adimendis (XXXIV, 4). Darnach müßten beide Legate wegfallen, wie auch die L. 10 pr. D. de rebus dub. (XXIV, 5) im Widerspruch mit den beiden andern Stellen sagt; aber es muß hier gelesen werden: „in ademtione autem utrumque (legatum) valere." Göschen in v. Savigny, Zeitschrift, Bd. I, S. 96 flg. Das R. R. läßt mithin folgerichtig aus demselben Grunde: warum eine zweideutige datio nicht gilt, auch eine solche ademtio nicht gelten, folglich beide Legate bestehen. Da nun das A. L. R. den entgegengesetzten Grundsatz hat, so folgt auch, daß die zweideutige Ademtion beide Legate aufhebt.

4) §. 596 a. a. O. — L. 1, 2 D. de his quae in testam. (XXVIII, 4).

wollen, muß klar sein, sonst gelten beide Legate [5]). Das A. L. R. vermuthet diese Absicht in den beiden Fällen, wenn eine vermachte bestimmte Sache einem Andern zugewendet wird (Translation durch Veränderung der Person des Honorirten), und wenn einem Legatarius später noch ein Legat angewiesen wird (Translation durch Veränderung des Objekts) [6]). 3. Durch Eintritt eines Ereignisses, woraus die Zurücknahme geschlossen (vermuthet) wird. Das R. R. bezeichnet als solche die Entstehung einer bittern Feindschaft [7]) und die Beschimpfung des Legatarius durch den Testirer oder umgekehrt [8]). Das Pr. R. erkennt nur den einzigen Fall dafür an, wenn der Honorirte durch Vorsatz oder grobes Versehen den Tod des Testators verursacht hat [9]). Die aus solchem Ereignisse hergenommene Vermuthung kann durch den Beweis der Wiederversöhnung widerlegt werden [10]). 4. Dadurch, daß der Legatar den Testirer verhindert hat, ein neues Testament zu machen (§. 834, Note 32).

VI. Publikation und Vollstreckung.

§. 835.

1. Publikation.

Um einen letzten Willen zur Vollziehung zu bringen, muß dessen Inhalt bekannt sein. Die Bekanntmachung geschieht durch die Publikation, d. i. Eröffnung und Verlesung der Verordnung durch den Richter, in Gegenwart der dazu eingeladenen bekannten am Orte befindlichen Intestaterben, und eines den Abwesenden oder Unbekannten von dem Richter von Amts wegen bestellten Bevollmächtigten [1]). Vor der Eröffnung werden den Erschienenen

---

5) L. 5, 6 pr., 9, L. 30, §. 1 D. de adimend. (XXXIV, 4); §. 1 J. de ademt. (II, 21); L. 33 pr. D. de leg. I; L. 7 pr. C. de leg. (VI, 37).

6) §§. 575, 586 a. a. O. — S. o. §. 833, IV, 2.

7) L. 3, §. 11, L. 4, 22 D. de adimendis (XXXIV, 4).

8) L. 13, 29 D. eod. — L. 9 pr. §. 1 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9).

9) §§. 598, 599 a. a. O.

10) §. 600 das. — L. 4 D. de adimendis (XXXIV, 4).

1) §§. 223, 224 a. a. O. — Auch nach R. R. rief der Magistrat, zu welchem das verschlossene Testament gebracht werden mußte, die Zeugen zur Re-

die Siegel, und vor der Verlesung die Unterschriften zur Anerkennung vorgezeigt, worüber ein Protokoll aufgenommen wird[2]). I. Die Publikation darf erst nach dem Tode des Testators geschehen, der Tod muß deshalb, wenn er nicht gerichtskundig (notorisch) ist, auf gesetzliche Weise nachgewiesen werden[3]). Zu frühe Publikation macht jedoch das Testament nicht ungültig, will aber der Testator ein anderes Testament machen: so muß ihm Der, welcher auch nur aus mäßigem Versehen Anlaß zur Publikation gegeben hat, die Kosten erstatten[4]). Die Publikation der Testamente ist eine Staatssache; deshalb muß der Richter, wenn binnen sechs Wochen nach dem notorischen oder bewiesenen Ableben des Testators Niemand darauf anträgt, damit von Amts wegen verfahren[5]). Sind seit der Niederlegung 56 Jahre verflossen, so bedarf es eines weitern Nachweises nicht[6]). Der Richter hat das Dasein eines solchen Testaments einmal durch die Departements-Zeitung (Anzeiger des Amtsblatts) bekannt zu machen und zur Nachsuchung der Publikation aufzufordern. Meldet sich binnen 6 Monaten Niemand, so hat der Richter das Testament für sich zu öffnen und nachzusehen: ob Vermächtnisse zu milden Stiftungen oder sonst zum Gemein-Besten ausgesetzt sind. In diesem Falle muß er den Vorstehern der bedachten Anstalt Nachricht davon geben und die weitern Anträge abwarten. Bis dahin, so wie wenn sich dergleichen nicht vorfindet, versiegelt er das Testament wieder und verwahrt es im Archive bei den Akten. Ueber den Vorgang setzt er einen Vermerk auf, den er mit einsiegelt[7]). Finden sich zwei Testamente, so wird zuerst das

---

kognition der Siegel ꝛc. zusammen. L. 4 D. testam. quemadmod. (XXIX, 3); L. 2 C. eod. (VI, 32); L. 18, 23 C. de testam. (VI, 23).

2) §. 225 a. a. O. — L. 4—7 D. testam. quemadmodum aper.

3) §§. 208, 212, 213 a. a. O. — L. 2, §. 4 D. eodem.

4) §§. 209—211 a. a. O. Die Kosten sind auch in Testamentssachen sehr drückend, und werden durch die vermeintlichen Vortheile, welche durch die Abschaffung der Privattestamente erreicht werden sollen, bei weitem nicht aufgewogen. S. o. §. 831, Note 5. Das Staatsmonopol, die Testamente gegen theure Bezahlung zu machen und zu verwahren, hat keinen andern Rechtfertigungsgrund als die vermeintliche Berechtigung: über Privatrechte zu wachen.

5) §§. 216, 217 a. a. O. Das Pr. R. kennt das nach §. 3 J. de pup. subst. (II, 16) und L. 8, 9 D. de test. quemadmod.; L. 3 eod. zulässige Verbot der Eröffnung auf gewisse Zeit nicht.

6) Wegen I, 1, §. 38, wonach ein Mensch muthmaßlich nicht über 70 Jahre lebt, welche Anzahl Jahre, mit Rücksicht auf das Alter der Testamentsmündigkeit (14 J.), vergangen sind, wenn ein Testament 56 Jahre gelegen hat.

7) I, 12, §§. 218—222.

spätere publizirt; ist darin das frühere gänzlich aufgehoben: so bleibt Dasselbe noch 30 Jahre uneröffnet liegen, um abzuwarten, ob das spätere für nichtig erklärt werden wird [8]). II. Damit der Richter eine letztwillige Verordnung publiziren könne, muß ihm dieselbe überliefert werden. Ist also eine dergleichen Verordnung nicht gerichtlich niedergelegt, wie z. B. militairische und andere privilegirte Testamente, außergerichtliche Kodizille u. s. w.: so muß Derjenige, in dessen Händen sie ist, oder der sie im Nachlasse findet, oder dem sie mündlich anvertraut worden ist, sogleich nach dem Ableben des Erblassers dessen ordentlichem Richter überliefern [9]). III. Nach geschehener Publikation wird den Erben und Jedem, der dabei ein rechtliches Interesse hat, eine beglaubte Abschrift (Ausfertigung) der ganzen Urkunden, worin die Errichtung und Publikation der letztwilligen Verordnung enthalten, und den Legatarien ein Auszug daraus, auf Kosten des Nachlasses, gegeben, auch den übergangenen gesetzlichen Erben die Einsicht der Urschriften gestattet (§. 605, III, 3), die Urschrift selbst aber in dem Archive des Gerichts aufbewahrt [10]). Beides, die Ertheilung der Ausfertigungen und die Aufbewahrung der Urschriften, steht dem persönlichen Richter des Erblassers zu. Ist also ein Testament bei einem andern Richter in Verwahrung, so muß Dieser zwar dasselbe publiziren, demnächst aber die sämmtlichen Urschriften über die Errichtung, sammt dem Publikationsprotokolle, mit Zurückbehaltung beglaubter Abschrift davon, an den ordentlichen Richter senden [11]).

---

8) Anh. z. A. L. R. (217 d. T.) §. 39. Die dennoch erfolgte Eröffnung ist unschädlich.

9) §§. 240, 241 a. a. O. — Anh. §. 41. — L. 2 C. quemadmod. testam. (VI, 32).

10) §§. 226—236 a. a. O. Nach R. R. wurde das Original dem Erben als Eigenthümer zurückgegeben. L. 2 pr. §. 8, L. 3 D. eod. (XXIX, 3).

11) §§. 237, 238 a. a. O. — Anh. §. 40. Die Vorschrift des §. 239, wonach die Testamente, worin Vermächtnisse für Kirchen und milde Stiftungen enthalten, von den Untergerichten abschriftlich an die Obergerichte übersendet werden sollten, fällt in Folge des Ges. v. 13. Mai 1833 weg. R. vom 26. Aug. 1833 (Jahrb. Bd. XLII, S. 84).

§. 836.

2. Vollziehung.

Die Vollziehung des publizirten Testaments ist Privatsache, in welche der Richter sich von Amts wegen nicht mischt. Testaments-Exekutoren kennt das R. R. nicht, im modernen R. sind sie sehr gewöhnlich [12]). Die Ernennung eines Testaments-Exekutors enthält ein mandatum post mortem exequendum [13]), und das damit verbundene oder auch überhaupt in derselben Urkunde dem Testaments-Exekutor zugewendete Legat ist als ein Vermächtniß unter einer Bedingung anzusehen [14]). Daß der Auftrag als von dem Erblasser herkommend angesehen wird, hat nicht die Bedeutung, daß der Exekutor bei den von ihm zu vollziehenden Rechtsgeschäften den Verstorbenen vertritt; denn die Persönlichkeit eines Menschen erlischt mit dem Tode (§. 43) und kann mithin nachher nicht mehr repräsentirt werden: ein Verstorbener kann unmöglich noch Geschäfte unter Lebendigen schließen. Der durch den Exekutor Repräsentirte ist vielmehr der Erbe, der nur die Auflage hat, den ihm von dem Erblasser bestellten Stellvertreter handeln zu lassen; aber Geschäftsherr ist Er selbst; er ist der Berechtigte und Verpflichtete aus den von dem Exekutor eingegangenen Rechtsgeschäften, er ist der Autor der Käufer von Nachlaßsachen, und ihm ist der Exekutor als Geschäftsträger verantwortlich (Note 22). I. Wer zum Testaments-Exekutor ernannt wird, muß dazu fähig sein. Unzulässig sind Militairpersonen und Civilbediente ohne Genehmigung ihrer Dienstvorgesetzten [15]), und Frauenspersonen [16]).

---

12) **Lauterbach**, de executoribus volunt. ult.; in Diss. acad. T. II, No. 79. — Ueber das Institut der Testaments-Exekutoren nach römischem, canonischem und deutschem Rechte, und über die Grundsätze, welche hierüber als gemeinrechtlich in Deutschland ausgegeben werden; in **Roßhirt**, Zeitschrift für Civil- und Criminal-Recht, Bd. I (Heidelberg, 1831), S. 217.

13) I, 12, §. 557.

14) Aus demselben Grunde, aus welchem solches bei einem testamentarischen Vormunde angenommen wird. S. o. §. 792, Note 19 und 20.

15) Nach Analogie der Bestimmungen II, 18, §§. 160—163.

16) Weil sie nicht zu allen Rechtsgeschäften fähig sind. R. vom 19. Mai 1804, Nr. 4 (N. A. III, S. 266; **Rabe**, VIII, S. 60). Auch gemeinrechtlich setzt man die einem Vormunde oder Kurator erforderlichen Fähigkeiten voraus.

Mit denselben ist Niemand schuldig sich einzulassen; die wirklich mit ihnen vollzogenen Handlungen sind jedoch bloß deshalb nicht ungültig. II. Die Ernennung kann durch Vertrag (exec. conventionales), oder durch letztwillige Verordnung (exec. testamentarii) geschehen. In letzterem Falle ist Niemand verpflichtet, den Auftrag anzunehmen. Die Gerichte können die ihnen im Allgemeinen aufgetragene Vollziehung eines Testaments ablehnen, insofern nicht etwa Stiftungen zu frommen oder sonst gemeinnützigen Zwecken angeordnet sind [17]. Die Ernennung selbst kann durch eine formlose schriftliche Willenserklärung geschehen, nur muß der Wille gewiß sein [18]. III. Das Verhältniß ist, auch hinsichtlich der Vergeltung, dem eines Nachlaß-Kurators ähnlich, und die Befugnisse des Exekutors werden durch den Inhalt der Willenserklärung des Erblassers bestimmt. Enthält dieselbe darüber nichts Näheres, so bringt es die Vollziehung des Auftrages mit sich, daß der Exekutor den Nachlaß in seine Obhut nehme und sichere; daß er ihn ausmittele, feststelle und bis zur Auslieferung verwalte; daß er die Schulden und Vermächtnisse berichtige, den Ueberrest unter die Erben vertheile und Jedem seinen Theil überliefere, wenn sie nicht in Gemeinschaft bleiben wollen [19]. Daraus ergiebt sich weiter, daß er Rechtsgeschäfte, die zur Verwaltung und zur Berichtigung der Schulden, Vermächtnisse und Erbtheile nicht nothwendig sind, namentlich Veräußerungen, den Erben gegenüber, nicht vornehmen darf, wohl aber ist er dazu insoweit befugt, als er sonst die erforderlichen Geldmittel nicht würde anschaffen können [20]. Daher kann er, im Verhältnisse zu Dritten, allerdings gültig veräußern und Forderungen einziehen [21], er ist

17) R. v. 19. April 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 133; Rabe, VIII, S. 512).

18) R. v. 19. Mai 1804, Nr. 3 (Note 16).

19) Mit der Theilung oder mit der Ueberlieferung des Nachlasses an den Erben hört der Auftrag auf; nachher kann folglich der Exekutor Rechtsgeschäfte nicht mehr vollziehen.

20) Anh. z. A. L. R. (II, 18, §. 421) §. 157. — R. vom 25. Januar 1796 (N. C. C. Tom. X, S. 55; Rabe, Bd. III, S. 248). Vergl. die Erlasse des J. M. vom 31. Mai 1839 (J. M. Bl. S. 201) und vom 13. Mai 1842 (J. M. Bl. S. 138). — Prozesse zu führen ist er ohne ausdrücklichen Auftrag nicht legitimirt.

21) Hypotheken-Kapitalien aber nicht anders, als wenn das Testament ihn zur Ertheilung der Quittung und des Löschungs-Konsenses ausdrücklich autorisirt hat (§§. 10, 3, 5, 7, Tit. 13), und die bloße Anweisung des Testators: „sich

nur dem Erben über die treue Ausführung des Auftrages, so wie überhaupt über seine Geschäftsführung, Rechenschaft schuldig [22]).

Zweites Kapitel.

Von Erbverträgen *).

A. L. R. I, 12, §§. 617—656. — Georg Beseler, die Lehre von den Erbverträgen, Göttingen 1837. — Hasse, über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, im Rhein. Mus. B. II, S. 150 flg. — Nieper, de successione pactitia, inprimis de transmissione juris succedendi ex pacto, Gött. 1833.

I. Das Allgemeine.

§. 837.

1. Begriff und Eintheilung.

I. Erbvertrag heißt eine vertragsmäßige Bestimmung, welche sich auf die Succession in den Nachlaß des Einen oder des Andern oder beider Parteien bezieht. Er unterscheidet sich von dem wechselseitigen Testamente dadurch, daß er nicht einseitig nach Willkühr widerrufen werden kann, vielmehr hierin ganz den Regeln von Verträgen überhaupt unterworfen ist [1]). Die dem Rechtsgeschäfte beigelegte Benennung entscheidet hierbei nicht. Ein s. g. wechselseitiges Testament, worin auch nur der Eine sich des Widerrufs zum Vortheil des Andern ausdrücklich begiebt, ist ein Erbvertrag [2]), so wie umgekehrt ein sogenannter Erbvertrag ein

---

in den Besitz des Nachlasses zu setzen und ihn verordnetermaßen zu vertheilen," ist einer Specialvollmacht zur Ertheilung einer Quittung und Löschungs-Konsenses nicht gleich zu achten. Pr. 600, v. 4. Januar 1839. — Auch zu Cessionen von Nachlaßforderungen bedarf der Testaments-Exekutor einer besondern ausdrücklichen Ermächtigung. Pr. 1644, vom 1. Novbr. 1845 (Entsch. XII, 223).

22) I, 12, §§. 558—562. Die Worte des §. 558: „ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung — verbunden," setzen nicht eine besondere Uebertragung der Verwaltung, sondern eine Vollziehung des Testaments voraus, die von dem Umfange ist, daß sie eine zeitweilige Verwaltung mit sich bringt.

*) Die Lehre von Erbverträgen hätte eigentlich vor den Testamenten dargestellt werden sollen; weil aber die Erbverträge in vielen Stücken den Testamenten nachgebildet sind, und eine Bekanntschaft mit diesen voraussetzen, so ist dadurch die Stellung wol gerechtfertigt.

1) §§. 617, 634 a. a. O. Pr. 1234, vom 5. Decbr. 1842.

2) II, 1, §. 494 verb. mit I, 12, §. 639.

wechselseitiges Testament ist, wenn beide Theile sich vorbehalten haben, einseitig nach Gutbefinden ihre Willenserklärung abzuändern oder ganz zurückzunehmen [3]). In diesem Falle treten alle die Regeln ein, welche bei erfolgendem einseitigen Widerrufe eines wechselseitigen Testaments vorgeschrieben sind [4]). Dergleichen sogenannte Erbverträge, welche in Wahrheit wechselseitige Testamente sind, gelten nur unter Eheleuten (831, Nr. II). Das Institut als ein allgemeines ist ein Rechtsgebilde der neuern Zeit, entstanden durch eine allgemeine Anerkennung des dem, früher nur in besondern Anwendungen, namentlich bei Ehestiftungen vorkommenden, Institute eigenen Princips [5]). Es läßt sich nicht lediglich aus dem deutschen Rechte darstellen, vielmehr ist das damit verflochtene Wesen des Vertrags und der Einfluß der Pflichttheilsberechtigung nur aus dem R. R. zu entwickeln, daher eine wissenschaftliche Darstellung dieser Lehre nicht ohne organische Verbindung der verschiedenen Rechtselemente möglich ist [6]). II. Die allgemeinste Eintheilung der Erbverträge ist gewöhnlich die in Erbverzichte und akquisitive Erbverträge (Erbeinsetzungsverträge), obwohl beide Arten keinen organischen Zusammenhang haben, das Pr. R. sieht sie indeß für Unterarten derselben Gattung an [7]). Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Vertrag, wodurch der Eine zum Erben des Andern eingesetzt wird [8]); eine Singularsuccession kann dadurch nicht begründet werden, sonst ist das Geschäft ein gewöhnlicher Schenkungsvertrag, der erst nach dem Tode des Geschenkgebers erfüllt werden soll [8a]). Ist der Erbvertrag ein wechselseitiger, d. i. ein solcher, worin Jeder den Andern zu seinem Erben bestellt, so ist das Geschäft ein lästiges, nämlich ein negotium sub modo von Todeswegen; ist er nur einseitig, d. h. setzt nur der Eine den Andern zu seinem Erben ein, ohne gegen-

3) I, 12, §. 635. Dadurch, daß beide Theile sich vorbehalten, „gemeinschaftlich“ ihre Erklärung zurückzunehmen, wird die Natur des Vertrages nicht ausgeschlossen.

4) §§. 636–638, 640 a. a. O. — S. o. §. 831, No. II.

5) Beseler, von den Erbverträgen, S. 203.

6) Beseler a. a. O. S. 8; Hasse, im Rhein. Mus. Jahrg. II, S. 207 ff.

7) §§. 617, 649 a. a. O.

8) §. 617 a. a. O. Wenn auch nur auf einen aliquoten Theil des Ganzen.

8a) Eine Ausnahme gilt bei Erbverträgen unter Eheleuten. II, 1, §§. 454, 456 flg. S. u. §. 841, II.

seitig wieder eingesetzt zu werden: so ist das Geschäft ein lukratives negotium mortis causa. Hiernach unterscheidet man einseitige und zweiseitige Erbverträge (Note 8).

§. 838.

2. Erfordernisse.

Zu einem gültigen Erbvertrage müssen die Erfordernisse eines Vertrags und eines Testaments zusammentreffen. I. Die äußere Form ist, mit einer Ausnahme bei Ehestiftungen, die regelmäßige Form eines Testaments (§. 815), es müssen also auch bei einem Schreibunfähigen zwei Schreibzeugen zugezogen werden[8b]); eine privilegirte Form für Erbverträge giebt es nicht[9]), mithin kann ein Erbvertrag auch nicht vor Dorfgerichten errichtet werden, denn das dorfgerichtliche Testament ist ein privilegirtes. Ebenso wenig kann ein dorfgerichtlicher Erbvertrag als ein dorfgerichtliches Testament gelten, weil es kein Testament ist[10]). Weil die Versiegelung und die Niederlegung eines Testaments in das Deposital-Behältniß nur eine Sicherheitsmaßregel, aber kein Erforderniß der Gültigkeit ist (§. 815, I, 7); so ist es auch für die Gültigkeit eines Erbvertrags unerheblich: ob derselbe versiegelt niedergelegt, oder offen in den Gerichts-Akten aufbewahrt wird. Doch soll die Versiegelung und Niederlegung nur dann unterbleiben, wenn die Parteien sie verbitten; in diesem Falle wird ihnen eine Ausfertigung ertheilt[11]). II. Die Parteien müssen die aktive und beziehlich passive Testamentsfähigkeit, und außerdem müssen sie die zur

---

8b) Der §. 621 verlangt nicht bloß den gerichtlichen Abschluß oder die gerichtliche Uebergabe der Erbverträge, sondern auch insbesondere, daß bei der Aufnahme der Erbverträge der Richter alles das beobachte, was bei den Testamenten vorgeschrieben ist. Pr. 1439, vom 10. Mai 1844. Vergl. Rechtsfälle, Bd. I, S. 277.

9) §§. 621, 622 das.

10) §. 619 a. a. O. Die zur Kräftigung eines dorfgerichtlichen Testaments vorgeschriebenen Förmlichkeiten (§§. 93 ff.) sind auf diesen Fall unanwendbar.

11) §. 623 das. — Anh. §. 43. — Anh. z. A. G. O. (II, 4, §. 15) §. 431. Die Vorschrift ist eine Instruktion für den Richter; der Gültigkeit des Geschäfts schadet es nicht, wenn einmal ohne Verbittung der Parteien ein Erbvertrag unversiegelt bliebe. R. vom 21. Juli 1800. (N. A. I, S. 226; Rabe I, Bd. VI, S. 211).

selbstständigen Eingehung von Verträgen im Allgemeinen erforderliche Verfügungsfähigkeit haben[12]), und zwar bei wechselseitigen Erbverträgen beide Theile, bei einseitigen nur der Erbeinsetzende, wogegen der Eingesetzte nur die zur Annahme einer Schenkung erforderlichen Eigenschaften nöthig hat. Fehlt es dem Verfügenden an den zum Vertragschließen erforderlichen Eigenschaften, so gilt das Geschäft auch nicht als Testament (10). III. Hinsichtlich des Inhalts gelten wieder die bei Testamenten vorgeschriebenen Regeln, auch in Ansehung der Zulässigkeit der Erbeseinsetzung auf einen bestimmten Theil (Quote) der ganzen Verlassenschaft, sowie in Betreff des Zuwachsrechts und auch der Nebenbestimmungen, namentlich der Bedingungen und der Wirkungen je nach ihren Arten[13]). Die angeordneten Successionen für Dritte gelten als widerrufliche Verordnungen, wenn nicht der Dritte dem Vertrage mit Bewilligung der Parteien beigetreten ist; sobald aber der Einsetzende verstorben ist, sind dergleichen Verfügungen für den Bedachten, wie einseitige letztwillige Verordnungen, wirksam[14]). Der Beitritt erfordert die Form des Erbvertrags selbst, weil nicht bloß die Annahme, sondern auch das Anerbieten zu verlautbaren ist.

§. 839.

3. Wirkungen.

Der eingesetzte Erbe erwirbt durch den Vertrag ein unwiderrufliches Recht zur Nachfolge in die Verlassenschaft des Andern[15]).

---

12) §§. 618, 619 a. a. O.

13) §§. 620, 629, 645, 647 a. a. O. Hinsichtlich der Wirkung moralisch unmöglicher Bedingungen (I, 12, §. 63) sind die Meinungen different; doch hat die Meinung, wonach solche Bedingungen den Vertrag unwirksam machen sollen, den entscheidenden Grund gegen sich, daß hier von einer Verfügung über die Universalsuccession Rede ist, welche nur in der Form eines Vertrags auftritt, und daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht die Form, sondern die rechtliche Natur, Naturalien und Wirkungen eines Geschäfts, bestimmen. Vergl. Gans, Beiträge zur Revision der Pr. Gesetzgebung, S. 153. — S. o. §. 829, Note 9.

14) §. 646 a. a. O.; II, 1, §. 479. — S. o. §. 557. Gemeinrechtlich ist man darüber nicht einig.

15) §. 634 d. Tit. Auch in den Fällen, wo eine Schenkung widerrufen werden kann, ist kein Widerruf gestattet, den Fall der Tödtung oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder ausgenommen. §. 647 das.

Dieses Recht geht nicht, wie in der Regel die Rechte aus obligatorischen Verträgen, auf die Erben über, wenn der Eingesetzte vor dem Erblasser stirbt und die Erben nicht substituirt sind; weil hier kein obligatorischer Vertrag ist und deshalb auch keine obligatorische Wirkungen eintreten können[16]). II. Der Eingesetzte hat bloß die Hoffnung auf eine künftige Beerbung des Andern, welche Dieser nur nicht durch Aenderung seines Willens vereiteln kann. Deshalb kann er keinen andern Erben durch Testament oder sonst ernennen, wenn nicht Vorbehalte gemacht sind. Ist die Verfügung über einen Theil des Ganzen vorbehalten, so sind der Vertragserbe und der gesetzliche oder testamentarische Erbe Miterben[17]). Wird über vorbehaltene einzelne Sachen oder Summen nicht verfügt, so fallen dieselben an die gesetzlichen Erben in auf- und absteigender Linie, oder Geschwister oder Geschwisterkinder ersten Grades, in deren Ermangelung an den Vertragserben[18]). Ist kein Vorbehalt gemacht, so kann der Erblasser doch Vermächtnisse zusammen bis auf den zwanzigsten Theil des Nachlasses errichten[19]), worunter auch Schenkungen von Todeswegen begriffen sind, weil diese, nach Pr. R., ganz wie Legate behandelt wer-

---

16) §§. 631 und 632 a. a. O. Der Ausdruck ist im §. 631 zwar unbestimmt und könnte als Anordnung einer Ausnahme von der Regel für den wechselseitigen Erbvertrag angesehen werden; doch ersieht man aus dem Gegensatz des §. 632, daß nur die Anwendung der allgemeinen Regel: daß der eingesetzte Erbe den Anfall erleben muß, beabsichtigt wurde, indem man aussprach, daß die Erben oder Nachkommen des Erstversterbenden kein Recht auf die Nachfolge in den Nachlaß des Andern hätten, wenn nicht ausdrücklich ein Familien-Fideikommiß errichtet worden sei. Damit sollte die Annahme verhindert werden, daß schon in dem wechselseitigen Erbvertrage eine dergleichen Stiftung für die beiden Familien der Kontrahenten liege, so daß der überlebende Kontrahent als der erste Nachfolger, und die beiderseitigen Nachkommen als gleichberechtigte Fideikommissarien anzusehen. Für einseitige Erbverträge verstand sich die Ausschließung der Erben schon nach I, 9, §. 367 und den Worten: „rechtsgültige Willenserklärungen." Nach G. R. ist man darüber verschiedener Meinung. M. s. jedoch Beseler, a. a. O. S. 305 flg. Auch das Oest. G. B. §. 1252 verwirft die Ansicht von der Transmission des Rechts auf die Erben. Die im Schles. Archiv, Bd. III, S. 563 angegebenen Gründe für die entgegengesetzte Meinung sind ungenügend. — Im Falle der fideikommissarischen Substitution können die Bestimmungen eines Erbvertrages durch letztwillige Verordnungen des überlebenden Paziszenten, der die Erbschaft aus dem Vertrage angetreten hat, auch nicht mehr rücksichtlich seines eigenen Vermögens zum Nachtheil der eingesetzten fideikommissarischen Erben abgeändert werden. Pr. 1234, vom 5. Dezember 1842.

17) §§. 627, 629, 630 a. a. O.

18) §. 630 das. — I, 11, §§. 1087, 1088.

19) I, 12, §. 628. Ist eine vom G. R. abgehende Bestimmung.

den[20]). Dagegen wird der Erbeinsetzende durch den wenn gleich unwiderruflichen Akt der Erbeseinsetzung in seinem Verfügungsrechte über sein Vermögen unter Lebenden so wenig wie durch das Erbfolgerecht eines jeden andern Erben eingeschränkt[21]). Deshalb sind ihm Veräußerungen, selbst Schenkungen, unverwehrt, doch ohne böswillig beabsichtigte Vereitelung des Erbrechts. Daraus würde folgen, daß jede darauf abzielende Verfügung von dem Vertragserben angefochten werden könnte; da jedoch die Arglist in einzelnen Fällen ebenso schwierig zu beweisen ist, als es den Vertragserben leicht sein würde, unter dem Prätext des Dolus jede Verfügung des Erblassers anzugreifen: so ist es dem Vertragserben nur gestattet, Schenkungen, welche der Schenkende selbst, wegen Uebermaßes, würde haben widerrufen können, innerhalb der gesetzlichen Frist, also schon bei Lebzeiten desselben, zurückzunehmen, wenn auch, wie sich bei vorausgesetztem Dolus von selbst versteht, der Erblasser sich des Widerrufs begeben hätte, nur würde eine solche Zurücknahme bloß die Wirkung haben, daß das Uebermaß in das Vermögen des Schenkers zurückfiele; dem Vertragserben ist auch die Befugniß gegeben, auf Prodigalitätserklärung anzutragen[22]). III. Tritt der Anfall ein, so steht es, wenn der Erbe sich nicht ausdrücklich zur Antretung der Erbschaft verpflichtet hat, in Dessen Willen: ob er die Erbschaft annehmen will oder nicht. Aber wenn er auch die Annahme versprochen hat, steht ihm dennoch die Rechtswohlthat des Inventariums zu. Schlägt er die Erbschaft aus, so kann er, wenn ihm nicht die Wahl ausbedungen ist, gleich wenig wie ein Testamentserbe, dieselbe ab intestato erwerben[23]). Nimmt er die Erbschaft an, so hat er dieselben Rechtsmittel wie ein anderer Erbe.

---

20) I, 11, §§. 1134—1139. Anders nach G. R.; doch sind die Meinungen getheilt.

21) I, 12, §. 624.

22) §§. 625, 626 das. Vergl. A. G. O. Th. I, Tit. 38, §§. 9 ff.

23) §§. 641—644 das. — II, 1, §§. 448, 449.

§. 840.

4. Aufhebung.

Außer den Fällen, wo ein Vertrag aus allgemeinen Gründen aufgehoben werden kann, ist ein Erbvertrag noch aus denselben Gründen unwirksam, aus welchen ein Testament von Anfang oder erst in der Folge ungültig wird [24]). Durch den vor dem Ableben des Erblassers eintretenden Tod des Vertragserben, sowie durch das Ausschlagen der Erbschaft, wird jedoch nicht, wie bei Testamenten, bloß die Erbeseinsetzung, sondern der ganze Erbvertrag vereitelt (18). Undankbarkeit ist kein allgemeiner Aufhebungsgrund, sondern nur der von dem Erben verursachte Tod des Erblassers entkräftet den Erbvertrag, wenn keine Verzeihung nachgewiesen wird (24); als Grund kann aber bei dem Erbvertrage nicht, wie bei dem Testamente, die vermuthete Aenderung des Willens (Willkühr) des Erblassers angesehen werden, weil diese bei Verträgen ausgeschlossen ist, vielmehr kann er nur in der Indignität des Erben gefunden werden.

II. Besondere Arten.

§. 841.

1. Erbverträge unter Eheleuten.

A. L. R. II, 1, §§. 439—480. J. H. Böhmer, de successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus; in exercitt. ad Pand. Tom. IV. excerc. 71.

Erbverträge, wodurch die Erbrechte eines Ehegatten in den Nachlaß des Andern festgesetzt werden, können vor oder nach der Schließung der Ehe errichtet werden. I. Die Form ist nach Zeit und Gelegenheit verschieden. 1. Schließen Verlobte einen bloßen Ehevertrag, bedingt oder auch unter Voraussetzung ihrer Verhei-

---

24) §. 647 a. a. O. — S. o. §§. 832—834.

rathung mit einander, so muß die gewöhnliche Form der Eheverträge beobachtet werden. 2. Verabreden die Verlobten zugleich in ihrem Ehevertrage die künftige Erbfolge, so genügt die für Eheverträge vorgeschriebene Form (§. 747, II), der Vertrag kann also auch notariell aufgenommen werden; wird er jedoch vor Gericht geschlossen, so muß dasselbe eben so besetzt sein wie bei Aufnahme eines Testaments [1]). 3. Nach Vollziehung der Ehe kann der Vertrag nur vor Gericht, in der gewöhnlichen Form, gültig errichtet werden, wenn dadurch, nach der Absicht der Parteien, die Frau an ihren, schon durch Vollziehung der Ehe gesetzlich oder vertragsmäßig begründeten, Erbfolgerechten etwas verlieren soll; soll sie besser gestellt werden, so genügt die außergerichtliche Schrift [2]). In jenem Falle, wo die Frau schlechter gestellt werden soll, muß ihr auch zur Abschließung des Erbvertrags ein Beistand zur Seite sein [3]). Nur in derselben Form kann ein Erbvertrag, wodurch die Frau besser bedacht ist als durch die gesetzlichen Bestimmungen, durch gegenseitige Uebereinkunft wieder aufgehoben werden [4]). Ein Erbvertrag ist es auch, wenn die an dem Orte geltende gesetzliche Erbfolgebestimmungen ausgeschlossen und entweder dadurch oder mit ausdrücklichen Worten die Bestimmungen eines gewissen andern Rechts an deren Stelle gesetzt werden [5]); es muß daher auch ein solcher Vertrag die Form des Erbvertrags haben [6]). II. Ist nur eine Singular-Succession verabredet, so gelten davon die Grundsätze über Vermächtnisse. Dergleichen Vermächtnisse sind: 1. Das Ehevermächtniß, d. i. Dasjenige, was die Ehefrau dem Manne, für den Fall ihres frühern Ablebens, auf ihren Nachlaß anweist. Besteht Dieses in einem Theile der Verlassenschaft (pars quota),

---

1) A. G. O. II, 1, §. 10, Nr. 5. — Anh. (zu II. 2, §. 17) §. 421. Pr. 1176 v. 15. Aug. 1842.

2) II, 1, §§. 441, 199. Aber über das Erbrecht kann außergerichtlich doch nicht verfügt werden.

3) §§. 440, 198, 200, 201 a. a. O.

4) §§. 442, 443 das. Ueber den Mangel des Beistandes s. o. §. 749, III, 3.

5) Z. B. die Verabredung, wonach die Ortsstatuten ausgeschlossen sein und die erbrechtlichen Bestimmungen des A. L. R. unter den Eheleuten gelten sollen.

6) Würde z. E. irgendwo durch die Ausschließung der Gütergemeinschaft von selbst schon ein Erbrecht zwischen den Eheleuten begründet, so müßte die Form der Erbverträge beobachtet werden.

so ist der Ehemann Miterbe. Vor dem Ableben der Ehefrau hat dieserhalb der Mann keine besondern Rechte in dem Vermögen der Frau; er steht einem andern Legatarius oder eingesetzten Erben gleich [7]). 2. Das Gegenvermächtniß, d. i. Dasjenige, was der Mann seiner Frau aus seinem Vermögen auf den Fall seines frühern Ablebens aussetzt [8]). Diese von einem gewöhnlichen Vermächtniß sehr verschiedene Vermögensart giebt der Frau ein schon gegenwärtiges, aber bedingtes Forderungsrecht, welches gleich dem Eingebrachten schon bei Lebzeiten des Mannes gesichert werden muß und im Konkurse desselben mit dem Eingebrachten, sofern es ein Surrogat dafür ist, ein gleiches Vorrecht, sonst aber das Vorrecht der Fünften (jetzt Vierten) Klasse hat [9]), vorausgesetzt, daß die Frau nicht auf einen Theil vom Ganzen eingesetzt ist, welchen Falls sie gar kein Vorrecht, sondern ein Miterbrecht hat [10]). Diese Vermögensart ist aus der mittelalterlichen Gegengabe des Mannes für die ihm zugebrachte Dos und aus der spätern Anwendung der Römischen donatio propter nuptias entstanden [11]), und pflegte mit dem Eingebrachten in Verhältniß zu stehen, woher, wenn über den Betrag eine ausdrückliche Bestimmung fehlte, die Summe der Dos für das Gegenvermächtniß maßgebend war [12]). Davon kommen im Pr. R. die Bestimmungen, daß, wenn die Summe des Gegenvermächtnisses nicht festgesetzt, wohl aber die Absicht, daß es mit dem Eingebrachten in Verhältniß stehen solle, ersichtlich ist, die Hälfte des Eingebrachten als Gegenvermächtniß anzunehmen [13]). Fehlt diese Absicht, so wird der Betrag des Ehevermächtnisses für das Gegenvermächtniß angenommen; ist auch kein Ehevermächtniß ausgesetzt, so ist die Verabredung in Betreff des Gegenvermächtnisses un-

---

7) §§. 452—455 a. a. O. Beruht auf deutscher Auffassung der ehefräulichen Illaten. S. Anm. z. Entwurfe Th. I, Abth. 1, S. 59 a. E.

8) §. 456 a. a. O.

9) §§. 465—467 a. a. O. — A. G. O. I, 50, §§. 408, 434. — S. o. §§. 497, 498.

10) II, 1, §. 468.

11) **Köhler**, de contradote juris german. Kil. 1837. — **Grolmann**, de donatione propter nupt. viduae. Giess. 1795.

12) Ueber verschiedene Bestimmungen darüber s. **Pufendorf**, Obs. II, obs. 39, §§. 21, 27.

13) §. 459 a. a. O.

wirksam und der Frau steht die gesetzliche Erbfolge zu[14]). Das gemeine Pr. R. kennt nur ein vertragsmäßiges, kein gesetzliches Gegenvermächtniß. Das Gegenvermächtniß kann in einer Sache oder Summe, die mit dem Tode des Mannes ein freies und unwiderrufliches Eigenthum der Frau wird[15]), oder in einem jährlichen, nur eine gewisse Zeit dauernden, Genusse bestehen. Ist es der Nießbrauch gewisser Güter oder Kapitalien, so heißt das Gegenvermächtniß ein Leibgedinge (dotalitium)[16]); ist es eine jährliche, wenngleich auf die Nutzungen eines Grundstücks oder auf die Zinsen eines Kapitals angewiesene, Summe zum Unterhalte während des Wittwenstandes: so wird es Witthum (vidualitium)[17]) genannt. Beide, eine Art von Rentenrecht (§. 687), sind nach Entstehung und Zweck gemeinrechtlich sehr verschieden, und das Witthum unterscheidet sich darnach keinesweges nur durch seinen Gegenstand, so wenig, daß dasselbe sogar ebenfalls in einem Nießbrauche bestehen kann. Allein das Pr. L. R. stellt beide Vermögensarten einander gleich und setzt den Unterschied bloß in den Gegenstand. Die dafür vorgeschriebenen Regeln sind: a) Ist der Betrag des Witthums unbestimmt geblieben, so wird er durch richterliches Ermessen auf so viel festgesetzt, als nach Abzug der Nutzungen des eigenen Vermögens der Frau zu ihrem nothdürftigen Unterhalte für ihren Stand noch erforderlich ist; reichen die eigenen Vermögenseinkünfte dazu hin, so kommt der Wittwe ein Viertel des richterlich ermessenen Unterhalts zu, und wenn die Nutzungen oder Zinsen, auf welche die bestimmte oder richterlich ausgemessene Summe vertragsmäßig angewiesen ist, unzureichend sind, muß das Fehlende aus dem übrigen Nachlasse gegeben werden[18]). b) Der Wittwe steht die Forderung ihres Eingebrachten und des ihr zugesicherten Gegenvermächtnisses (Witthums oder Leibgedinges) nicht bloß alternative, sondern kumulative zu[19]). Ist jedoch die Wahl der einen oder

---

14) §§. 460, 461 das. D. h. die Beredung ist im zweiten Falle nichtig.

15) §. 469 a. a. O.

16) §. 457 a. a. O. — **Berger**, selecta jur. dotalitii capita. Viteb., 1723.

17) §. 458 a. a. O. — **Nettelbladt**, de dotalitio. Rostok, 1746. — **Pufendorf**, de dotalitio; in Obs. Tom. III, obs. 120.

18) §§. 462—464 a. a. O.

19) §. 474 das. — Anders ist es nach G. R. hinsichtlich des Leibgedinges,

der andern Vermögensart ausbedungen und soll die Frau wählen, so ist sie erst nach Ablauf des Trauerjahres sich zu erklären schuldig; die alsdann, also nicht auch die zu früh, in verbindlicher Form, getroffene Wahl ist unwiderruflich[20]). c) Soll die Frau, gegen das ihr zugesagte Leibgedinge oder Witthum, ihr Eingebrachtes den Erben des Mannes zurücklassen: so ist das Geschäft in jeder Hinsicht ein zweiseitiges; sonst aber ein freigebiges. Daraus folgt der Unterschied zwischen beiden Fällen in Ansehung des Vorzugs (9) und der Erlöschung; denn d) das Leibgedinge und Witthum, welches aus Freigebigkeit zugesagt ist, endet mit der Wiederverheirathung und mit der richterlichen Ueberweisung einer, öffentliches Aergerniß gebenden, liederlichen Lebensart der Wittwe, und lebt durch Besserung oder Wiedereintritt des Wittwenstandes nicht wieder auf; wogegen das lästig erworbene Recht nur mit dem Tode der Wittwe erlischt[21]). III. Durch Dasjenige, was dem einen Ehegatten aus dem Nachlasse des Andern zugesichert wird, mag es ein Theil des Ganzen oder eine einzelne Sache oder Summe sein, wird Derselbe wegen seines Erbrechts ganz abgefunden, wenn es nicht nach der Fassung unzweifelhaft ist, daß ihm die verabredeten Vortheile nur als Voraus beschieden sein sollen, ausgenommen, wenn der Erblasser verschiedenartiges Vermögen hinsichtlich der Nachfolge, z. E. freies und auch getheiltes Eigenthum, besessen hat, und die Beredung sich nur auf die Abfindung aus der einen Art des Vermögens bezieht: in diesem Falle sind die gesetzlichen Erbrechte in Ansehung der andern Art unverändert[22]). IV. Besondere Aufhebungsgründe bei dem Erbvertrage unter Eheleuten sind, außer dem Falle der beiderseitigen Einwilligung in der vorgeschriebenen Form (4): 1. einseitiger Widerruf in dem Falle, wo es nach der Fassung zweifel-

---

als eines Surrogats der Dos. **Müller ad Leyser, de vidua dotalitium, dotem, aut propter nuptias donationem eligente. Tom. III, fasc. 2, n. 104.** — Das Witthum ist nach gemeinrechtlichem Begriffe die ohne Rücksicht auf Eingebrachtes zugesicherte Wittwenversorgung.

20) §§. 475—477 a. a. O.

21) §§. 470—474 das. — I, 11, §§. 598—601. S. o. 689. — Dieser Grundsatz von der Erlöschung mit dem Ende des Wittwenstandes kann nach G. R. nur von dem Witthume, nicht von dem Leibgedinge gelten, aus demselben Grunde, aus welchem das A. L. R. in dieser Hinsicht einen Unterschied zwischen lästiger und freigebiger Errichtung macht. **Estor, de dotalitio propter secundas nuptias cessante. Jen., 1736.**

22) §§. 445, 446 dies. Tit.

haft ist: ob die Eheleute einen Erbvertrag oder nur ein wechselseitiges Testament haben errichten wollen[23]); 2. wenn der Erbvertrag eine Erbeseinsetzung auf das Ganze enthält und bei dem Tode des einen Ehegatten pflichttheilsberechtigte Nachkommen aus dieser Ehe am Leben sind, derenwegen der Erbvertrag nichts bestimmt[24]). Stirbt einer der Eheleute, ohne daß ihm ein Kind aus dieser Ehe nachgeboren worden ist, und tritt der Ueberlebende die Erbschaft aus dem Vertrage an, es wird ihm dann aber in einer folgenden Ehe noch ein Kind geboren, so bleibt er selbst zwar an die vertragsmäßigen Bestimmungen zu Gunsten der Kinder erster Ehe gebunden, und er kann daran durch eine letztwillige Verordnung nichts ändern[25]), in Beziehung auf die in der nachfolgenden Ehe geborenen Kinder aber werden jene Bestimmungen kraftlos und es tritt die Intestaterbfolge ein (Note 25). Befinden sich unter den im Erbvertrage bedachten Kindern Pflichttheilsberechtigte aus einer frühern Ehe des vorverstorbenen Kontrahenten und haben sie den Erbvertrag anerkannt: so können sie nur in dem zuletzt gedachten Falle den Nachlaß des Erstverstorbenen (ihres Parens) als Fideikommissarien fordern[26]). Die Geburt von Kindern, welche vor den Eltern wieder sterben, macht den Erbvertrag nicht unkräftig[27]).

§. 842.

2. Erbentsagungsverträge.

I. In Ansehung der Erfordernisse und der Form sind folgende Verträge dieser Art zu unterscheiden: 1. Erbverträge der Aeltern mit den Kindern, wodurch ein Kind von der elterlichen

---

23) §§. 447, 448 a. a. O. In diesem Falle nimmt man das Rechtsgeschäft für ein Testament.

24) §. 444 das. Kinderzeugen bricht Ehestiftung. II, 2, §§. 450, 451 und 454.

25) II, 1, §§. 492, 493. Plenarbeschl. des Obertr. v. 3. Okt. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 19).

26) I, 12, §. 632. Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 28.

27) II, 1, §. 443. War vor dem A. L. R. kontrovers.

Erbschaft ganz ausgeschlossen oder im Pflichttheile verkürzt werden soll. Davon wird in dem folgenden Paragraphen Rede sein. 2. Verträge, welche unter Denjenigen, die zu einer künftigen bestimmten Erbschaft durch Gesetz oder Vertrag berufen sind, darüber geschlossen werden, daß Einer, mit oder ohne Abfindung, keinen Theil haben soll. Eine solche ohne den künftigen Erblasser getroffene Beredung ist ungültig, ausgenommen wenn er unfähig ist, sich verbindlich zu erklären: in diesem Falle kann der Vertrag ohne dessen Beitritt, aber nur vor vollständig besetztem Gerichte, geschlossen werden [1]). 3. Verträge, welche Jemand in Beziehung auf seine künftige Verlassenschaft mit seinen gesetzlich oder vertragsmäßig berufenen Erben über die Entsagung ihres Erbrechts, oder über die Vertheilung der künftigen Erbschaft schließt. Diese erfordern zu ihrer Gültigkeit nur die schriftliche Form [2]). 4. Geschieht in einem solchen Vertrage die Entsagung zum Vortheile eines Fremden, und soll Dieser dadurch ein Erbrecht erwerben: so muß er zur Vertragsschließung als Mitkontrahent zugezogen werden. In diesem Falle ist der Vertrag zugleich ein erwerbender Erbvertrag und erfordert zu seiner Gültigkeit die gewöhnliche Form der Erbverträge [3]). II. Durch einen gültigen Erbentsagungsvertrag erlischt sowohl das gesetzliche als das in einem schon vorhandenen Testamente oder Vertrage angeordnete Erbrecht des Entsagenden [4]), wird jedoch die spätere Erwerbung eines Erbrechts durch neue Testamente oder Verträge an sich nicht gehindert. Ob auch die Erben des Entsagenden, wenn Dieser vor dem Erblasser stirbt, durch die Entsagung ausgeschlossen werden, ist nach den Voraussetzungen verschieden zu beantworten. Hat der Entsagende zugleich für seine Nachkommen verzichtet und sind Diese seine Erben geworden: so steht ihnen die exceptio doli entgegen, die jedoch in keinem Falle den Pflichttheil entzieht, wenn die Nachkommen des Entsagenden selbstständige Notherben nach

---

1) I, 12, §§. 649, 653, 654. Vergl. I, 11, §. 446. Ein solcher Vertrag kann auch zwischen dem künftigen Erblasser und einem einzelnen Erben allein geschlossen werden. Entsch. des Obertr. Bd. XX, S. 143.

2) I, 12, §§. 649, 654. Dieses Geschäft interessirt wesentlich nur die Erben und erfordert als eine antizipirte Theilung der künftigen Verlassenschaft eines Lebenden nur die Zustimmung des künftigen Erblassers.

3) §. 651 a. a. O. — S. o. §. 838.

4) §. 652 das. Eigentlich erlischt nicht der Anfall, nur die Erwerbung wird gehindert.

dem Erblasser, z. E. dessen Enkel, sind. Lautet die Entsagung nicht auf die Nachkommen, so werden sie, wenn sie gesetzliche Erben sind, durch den Verzicht allein noch nicht ausgeschlossen; aber sie werden, wenn sie nicht Pflichttheilsberechtigte sind, dadurch ausgeschlossen, daß der Erblasser seine Verlassenschaft durch letztwillige Verordnung Andern zugewendet hat [5]). III. Hat ein gesetzlicher Erbe ausdrücklich zum Vortheile einer bestimmten Person verzichtet, es erlebt aber Diese den Anfall nicht, und hat der Erblasser auch keine letztwillige Verordnung hinterlassen: so hat der Verzicht weiter keine Wirkung [6]); außerdem ist ein gültiger Verzicht auch selbst wegen veränderter Vermögensumstände des künftigen Erblassers nicht widerruflich [7]), was sich besonders auf den Fall bezieht, wenn ein Pflichttheilsberechtigter abgefunden wird und hinterdrein das elterliche Vermögen so anwächst, daß die Abfindung weit hinter der Summe des Pflichttheils, welchen der Abgefundene erhalten haben würde, zurückbleibt (§. 843).

§. 843.

3. Abfindungsverträge der Eltern mit Kindern.

I. **Abfindung** [1]) heißt das auf freier Vereinbarung beruhende Rechtsgeschäft und auch das Aequivalent, wodurch Eltern schon bei ihrer Lebenszeit ein Kind wegen seines Erbrechts auf ihren künftigen Nachlaß befriedigen [2]); ein rechtlicher Zwang hierzu ist nicht denkbar, auch fehlt dazu das Rechtsmittel. Sie ist eine antizipirte Erbfolge und setzt die Gütergemeinschaft unter

---

5) Dieses folgt aus allgemeinen Grundsätzen, besonders ausgesprochen ist der Grundsatz nicht; nur eine Anwendung davon macht das A. L. R. in Beziehung auf Deszendenten. II, 2, §. 358. Das Oest. G. B. §. 551 läßt den Verzicht ohne Unterschied der Fälle auch auf die Nachkommen wirken. S. über die Frage besonders **Mühlenbruch**, in Glück's Kommentar, Bd. 38, S. 89 flg.

6) II, 2, §§ 486, 487.

7) §. 485 das. — **Pufendorf**, Obs. jur. Tom. III, obs. 10.

1) II, 2, §§. 368—377; 483—488. — **Witte**, das Pr. Intestaterbrecht, S, 253 flg.

2) II, 2, §. 368. Die Quelle des A. L. R. ist das **Lübische** Recht. Anm. z. Entwurf I, 1, S. 68, und **Suarez** Schlußvorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 142.

den abfindenden Eltern voraus[3]), doch ist damit wol nur auf Das, was gewöhnlich zu geschehen pflegt, hingewiesen, nicht aber die Abfindung außer dem Falle der Gütergemeinschaft für ein unzulässiges Geschäft erklärt. 1. In Ansehung der Erfordernisse und Form ist zu unterscheiden zwischen angemessenen Abfindungen und solchen Verträgen, welche die Verkürzung des Kindes im Pflichttheile bezwecken. a) Wird der Vertrag mit beiden Eltern geschlossen und geht die Absicht dahin, daß das Kind gegen eine ihm jetzt zur freien Verfügung zu überweisende Sache oder Summe, bei der Verlassenschaft des Erststerbenden, zum Vortheile des überlebenden Ehegatten, nicht Theil nehmen, wohl aber nach dessen Tode succediren soll; oder ist nur Eines der leiblichen Eltern noch vorhanden und findet Dieses, zum Vortheile seines Ehegatten, das Kind mit einer solchen Summe ab, welche dem Betrage des Pflichttheils von dem zur Zeit der Abfindung vorhandenen elterlichen Vermögen gleich kommt: so ist die im Allgemeinen vorgeschriebene Form des Erbvertrags zu beobachten, und das Kind muß großjährig, wenn auch noch nicht der väterlichen Gewalt entlassen sein[4]). b) Geht die Absicht dahin, daß das Kind nichts oder weniger als den Pflichttheil nach dem Umfange des derzeitigen Vermögens erhalten und auch an dem Nachlasse des zuletzt sterbenden Ehegatten nicht Theil nehmen soll: so muß der Vertrag nicht allein gerichtlich, sondern er muß auch vor dem ordentlichen persönlichen Richter der Eltern geschlossen werden und das Kind muß volljährig und überdies der väterlichen Gewalt entlassen sein[5]). c) In beiden Fällen muß Derjenige, zu dessen Vortheile das Kind von der künftigen Erbschaft ausgeschlossen sein soll, als Mitkontrahent dem Vertrage beitreten, sonst gelangt der Abgefundene oder Ent-

---

3) Marginale zu §. 366 a. a. O.

4) §§. 369, 372, 375, 377, 484 a. a. O. — I, 12, §. 619. Ein Minderjähriger müßte nicht allein einen Kurator haben, sondern der Vertrag müßte auch obervormundschaftlich approbirt werden, wozu das Gericht nicht befugt ist, weil die Vormundschaft nur verwalten soll. S. o. §. 797, S. 16.

5) II, 2, §§. 483, 484. Daß in diesem Falle eine Abfindung gegeben worden, welche höher als der aus dem künftigen Nachlasse sich thatsächlich ergebende Betrag des Pflichttheils ist, macht den Vertrag nicht gültig, weil künftige Zufälligkeiten ohne Einfluß auf die zur Errichtung eines gewissen Vertrags erforderliche Form sind. Pr. 1076, vom 29. Nov. 1841 (Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 237). — Mevius, Commentar. in jus Lub. II, 2, Art. 33, No. 54—76.

sagende dennoch zur Succession[6]), nur daß der ausdrücklich bedachte oder berufene Dritte, wenn der Vertrag bis zum Tode des Abfindenden nicht wieder aufgehoben worden ist, als Vermächtnißnehmer oder Fideikommissarius angesehen wird[7]). 2. Wirkungen. a) Die Abfindung bezieht sich nur auf den Nachlaß des Zuerstversterbenden der Eltern, aber auch auf Alles, was zu dessen Verlassenschaft gehört, und gereicht, wenn etwas Anderes nicht ausgemacht ist, zum Vortheile des überlebenden Ehegatten; Dieser tritt an die Stelle des Abgefundenen und erhält, außer Dem, was ihm als Ehegatten gebührt, Dasjenige, was auf den Abgefundenen, unter Konferirung der Abfindung, noch fällt[8]). b) Daraus folgt, daß, wenn alle Kinder des Erblassers abgefunden sind, der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß bis an seinen Tod behält, doch in Ansehung der auf die solchergestalt abgefundenen Kinder fallenden zwei Drittel nur als Nießbraucher[9]). c) Stirbt hiernächst der Ueberlebende, so gelangen alle seine abgefundenen und nicht abgefundenen Kinder zur Succession, ein Jedes muß jedoch konferiren und zwar die Abgefundenen ihre Abfindung und Die, welche den Erstverstorbenen beerbt haben, ihr Erbtheil[10]); sind nur Abgefundene vorhanden, so wird nicht konferirt[11]). d) Findet nur Eines der Eltern, zum Vortheile des zweiten Ehegatten, seine Kinder ab: so tritt eine Wirkung nur in dem Falle ein, wenn ihn der zweite Ehegatte überlebt und beerbt; andernfalls sind die Abgefundenen nicht ausgeschlossen, sondern konferiren nur ihre Abfindung, wenn sie mit unabgefundenen Geschwistern konkurriren[12]). e) Stirbt der Abgefundene vor dem Abfindenden, mit Hinterlassung von Abkömmlingen: so sind Diese von der großelterlichen Erbschaft nicht ausgeschlossen, sie müssen aber die Abfindung ihres Parens konferiren, weil die

---

6) §§. 372, 370, 377, 487 a. a. O.

7) I, 12, §. 646. Der Abgefundene ist dann der Onerirte.

8) II, 2, §§. 370–374. Die Bestimmung ist dem A. L. R. eigenthümlich; nach Lüb. R. wird es so genommen, als wenn der Abgefundene nicht vorhanden wäre. Mevius, II, 2, Art. 33, No. 138–141.

9) II, 1, §§. 642, 644, 625, 645, 646. S. u. §. 851. Ueber diesen Fall und die verschiedenen Meinungen davon: Witte a. a. O. S. 275.

10) II, 2, §§. 375, 376.

11) §. 376 das. — A. M. ist Witte a. a. O. S. 279.

12) §§. 486, 376 a. a. O.

Abfindung die voraus erhaltene Erbschaft ist, und der Enkel nicht erheben kann, soweit der Sohn selbst erbt[13]). 3. Der Abgefundene hat zu den Lasten und Schulden der Erbschaft gleich wenig beizutragen, wie ein Deszendent, der wegen zu beträchtlicher Kollation an der Erbschaft nicht Theil nimmt. 4. Die Anfechtung der Abfindung von Seiten eines Betheiligten ist nur aus allgemeinen Gründen zulässig, aus welchen ein lästiges Geschäft reszindirt werden kann, vorausgesetzt, daß die Form beobachtet ist; denn sie ist für beide Theile ein lästiges Geschäft[14]); für den Abgefundenen, weil er dadurch die Hoffnung auf eine künftige vielleicht weit reichere Erbschaft aufgiebt, und für die Abfindenden, weil sie dadurch freie Verfügung über den künftigen Erbtheil des Abgefundenen erhalten: das Geschäft ist gewissermaßen Kauf einer künftigen Erbschaft, ein gewagtes Geschäft. Deshalb kann der Abgefundene dasselbe auch dann nicht aufrufen, wenn sich in der Folge die Vermögensumstände der Eltern ungewöhnlich verbessern, so wenig wie den Eltern die Zurücknahme gestattet ist, wenn sie später verarmen. Den Gläubigern ist die Paulianische Klage (§§. 589, 590) unbenommen, und die übrigen Pflichttheilsberechtigten werden nur unter den Voraussetzungen, unter welchen ihnen der Widerruf von Schenkungen der Eltern nachgelassen ist (§. 610, I, 4), die Abfindung anfechten können. II. Ein anderes, besonders unter Leuten des Bauernstandes vorkommendes Geschäft zwischen Eltern und Kindern ist der Vertrag, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten. Gewöhnlich wird dasselbe mit der Gutsabtretung (§. 688) in der Art verbunden, daß dem einen Kinde die Stelle für einen bestimmten Preis überlassen, und Dieser unter die übrigen Kinder vertheilt wird, indem der Annehmer für seinen Theil sich durch die unter dem wahren Werthe getroffene Preisbestimmung für abgefunden erklärt. In dieser Form erwerben nur die zugezogenen Kinder ein gegenwärtiges Recht, hinsichtlich der auf sie vertheilten Summe: in Ansehung der Summen, welche den nichtzugezogenen Kindern angewiesen werden, bleiben die Eltern Gläu-

---

13) Witte a. a. O. S. 278. Mevius l. c. No. 151—162.

14) Darüber und über die Meinungen nach G. R. s. besonders Witte a. a. O. S. 281 flg.

15) II, 2, §. 485.

biger. Nach einer Meinung, welche die Majorität im Plenum des Ober-Tribunals für sich erhalten hat, soll dies jedoch nicht der Fall, vielmehr sollen die Kinder berechtigt sein, die ihnen ausgesetzten Summen, selbst noch bei Lebzeiten der Eltern, einzufordern, weil das Geschäft eine divisio parentum inter liberos sei, die noch bei Lebzeiten der Eltern den nicht zugezogenen Kindern gegen den Uebernehmer ein Klagrecht gebe, so lange die Eltern die Verfügung nicht widerriefen[16]. 1. Ist der Gegenstand der Abtretung das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen, mithin Alles, was nach der gegenwärtigen Uebertragung noch erworben werden und den künftigen Nachlaß ausmachen möchte: so ist das Geschäft ein wahrer Erbvertrag. Wird hingegen nur das gegenwärtige Vermögen, mit oder ohne Vorbehalt, abgetreten: so hängt das künftige Schicksal des Geschäfts, besonders in dem Falle, wenn nicht alle Kinder daran Theil genommen haben, oder wenn das Eine oder Andere vor den Eltern stirbt und die künftigen Pflichttheilsberechtigten der Letztern weitere Abkömmlinge sind, von der Vorfrage ab: ob der Vertrag eine Verfügung von Todes wegen, oder ein Geschäft unter Lebenden sei. Das Pr. R. erklärt es für ein Geschäft unter Lebenden[17], auf welches die Grundsätze von der Abfindung, hinsichtlich der Unwiderruflichkeit und beziehlich Anfechtbarkeit, anzuwenden sein werden. 2. Dadurch ist die Frage: ob die Schulden mit übergehen, keineswegs verneint; im Gegentheil: wenn das gegenwärtige Vermögen als ein Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris) behandelt und auf einen Andern übertragen wird: so müssen auch die darin begriffenen Schulden übergehen[18].

---

16) Plenarbeschluß vom 25. August 1846 (Just.-Minist.-Bl. S. 208 und Entsch. Bd. XIV, S. 68). Der Widerruf steht also den Eltern frei; doch sollen die Kinder schon bei Lebzeiten klagen können. Da würde also wol die Willkühr des Kindes den Eltern das Widerrufsrecht nehmen dürfen?! Oder wenn die Eltern noch nach jener Klage widerrufen dürfen, da müßten wol jene Kinder wieder zurückgeben, was sie sich ausgeklagt hätten?!

17) §. 656 a. a. O. — Vergl. Ulrich's Archiv, Jahrg. 1838, S. 348 flg. — Nach G. R. ist man darüber nicht einig. Mühlenbruch, in Glück's Komment. Bd. 38, S. 79 flg.

18) Anh. z. A. L. R. (I, 11, §. 646) §. 19. — Pr. des Obertrib. v. 9. Jan. 1837 (Ulrich a. a. O. Bd. IV, S. 501); und v. 1. Juli 1839 und 26. April 1841 (Jur. Wochenschr. 1841, Sp. 653). S. o. §. 687.

Drittes Kapitel.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

Karl Witte, das Preußische Intestaterbrecht, aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt. Leipzig, 1838. (Sehr gut.) — Schröter, systematisches Repertorium des Allgemeinen Landrechts. Erste Lieferung: Preußisches Erbrecht. Berlin, ohne Jahreszahl.

§. 844.

Einleitung.

I. Die Intestaterbfolge (legitima hereditas, hereditas intestati oder ab intestato) ist immer eine Universalsuccession; denn die vorkommenden Singularsuccessionen in gewisse Vermögensarten, z. E. in Fideikommisse und Lehen, sowie ehemals die in ein Kolonatrecht (§. 332 a), gründen sich zuletzt auf Verträge. Sie tritt ein, wenn über die Erbschaft nicht durch Willensverordnungen verfügt ist, sei es, daß überhaupt dergleichen nicht vorhanden, oder daß die vorhandenen unkräftig sind. Die Ungültigkeit wird praktisch mit der Erbschaftsklage (Neuere nennen sie in diesem Falle hereditas petitio qualificata, auch querela nullitatis) gegen Denjenigen, welcher auf Grund einer solchen Willenserklärung sich in der Erbschaft behaupten will (§. 874), durchgesetzt, indem der Intestaterbe, das Dasein des von Jenem behaupteten Delationsgrundes wegen der hervorzuhebenden Mängel leugnend, die Erbschaft für sich verlangt. Neben dieser Universalsuccession kann jedoch eine Singularsuccession aus Willenserklärungen stattfinden. II. Der allgemeinste Grund der Intestaterbfolge ist eine Gemeinschaft. Die ordentliche Intestaterbfolge beruht auf Blutsgemeinschaft, von der außerordentlichen Folge die der Ehegatten auf Geschlechtsgemeinschaft, die des Fiskus

und der Kommunen ihrem letzten Grunde nach auch auf Genossenschaft. Einige außerordentliche Sucessionen haben einen positiven Grund.

I. Ordentliche Intestatsuccession.

§. 845.

1. Grundsätze.

Das Pr. R. hat im Allgemeinen die Grundsätze des neuern R. R. beibehalten, solche aber im Einzelnen nach den Ansichten der Zeit gestaltet. I. Die Intestatsuccession des alten R. R. war eine Agnatensuccession; in dem Neuern ist die Kognation (Blutsverwandtschaft) die Grundlage der Erbfolge [1]). So ist es auch nach Pr. R., aber mit erheblichen Abweichungen: das Erbrecht des Justinianschen R. beruht auf natürlicher Verwandtschaft (naturalis cognatio), ohne Unterschied zwischen ehelicher und unehelicher [2]). Zwar kommt dieser Unterschied bei der Verlassenschaft des Vaters in Betracht, aber nicht aus dem rechtlichen Grunde, weil die uneheliche Verwandtschaft eine geringere Geltung hätte; sondern weil das R. R. keinen Rechtssatz hatte, mit Hülfe dessen man zur rechtlichen Gewißheit der unehelichen Vaterschaft kommen konnte, also aus einem thatsächlichen Grunde. Nach Pr. R. liegt dem Erbfolgerechte theils die natürliche, theils die eheliche Kognation zu Grunde, worauf sich folgende Abweichungen gründen: 1. Zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Vater besteht keine regelmäßige Erbfolge, obgleich nach einer Rechtsvermuthung die Vaterschaft, wie bei ehelichen Kindern, festgestellt werden kann (§. 778). 2. Zwischen einem unehelichen Kinde, so wie dessen ehelichen Abkömmlingen, und dessen Mutter findet ein vollkommenes gegenseitiges Erbrecht statt, jedoch mit einiger Zurücksetzung der unehelichen gegen eheliche Kinder [3]).

---

1) L. 3, 7 C. communia de succession. (VI, 59).

2) L. 2, 4, 8 D. unde cognati (XXXVIII, 8); §. 4 J, de success. cognator (III, 5); §. 7 J. ad S. C. Tertull. (III, 3); §. 3 J. ad S. C. Orfit. (III, 4). Nur die servilis cognitio blieb unbeachtet. L. 1, §. 2 D. unde cognati.

3) II, 2, §§. 656 u. 657. — Pr. 2273, vom 19. Februar 1851 (Entsch. XX, 307.

Die Zurücksetzung kennt das R. R. nicht. 3. Zwischen unehelichen Kindern und den mütterlichen Verwandten gilt gar kein Erbrecht[4]); nur die unehelichen Kinder derselben Mutter, wenn sie auch nicht einen gemeinschaftlichen Vater haben, beerben einander als Halbgeschwister[4a]). Dies ist dem R. R. fremd II. Die Adoption begründet nur Agnation, das R. R. fingirt jedoch während der Dauer des Verhältnisses auch eine Kognation, und darauf beruht es, daß das Adoptivkind in beiden Familien succedirte[5]). Die Succession war wechselseitig, ausgenommen wenn der Adoptivvater nicht Aszendent des Kindes war (adoptio minus plena), wo dem Kinde ein Successionsrecht nur nach dem Vater nicht in Beziehung auf dessen Verwandten, aber nicht umgekehrt auch dem Vater gegen das Kind, zustand[6]). Das Pr. R. fingirt zwar gleichfalls eine Kognation, läßt jedoch eine Succession nur in dem Maße eintreten, wie sie das R. R. im Falle der adoptio minus plena gestattete (§. 771).

§. 846.

2. Successionsfähigkeit.

I. Erbfolgeunfähig **überhaupt** sind alle Personen, welche unfähig sind, Eigenthum zu haben (§. 818, I, 1). **Beziehlich** auf eine bestimmte Person sind unfähig: 1. Diejenigen, welche den Erblasser zur Zeit seines Unvermögens hülflos gelassen haben, obwohl sie zu dessen Ernährung ausdrücklich aufgefordert worden und dazu auch im Stande waren. Zur Succession gelangt dann Derjenige, welcher sich des Hülfsbedürftigen dauernd angenommen hat, oder, wenn es daran fehlt, der nach Jenem nächste Verwandte[7]). 2. Wer den Erblasser an der Errichtung eines Testaments verhindert hat[8]). 3. Wer den Erblasser ge-

---

4) §§. 660, 661 das. Daraus entstehen oft Härten, indem der Fiskus den Nachlaß der nach ihrer Mutter verstorbenden unehelichen Kinder mit Ausschließung der oft nahen und armen Verwandten nimmt.

4a) II, 3, §. 6. Pr. 907, vom 3. August 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 189).

5) § 3 J. de success. cognat. (III, 5); L. 1, §. 4 D. unde cognati.

6) L. 10, §. 1 C. de adoption. (VIII, 48).

7) II, 3, §§. 23–27.

8) I, 12, §. 605. — L. 19 D. de his qui ut indignis (XXXIV, 9). Vergl. u. §. 870.

zwungen oder betrüglich verleitet hat, ein (darum nichtiges) Testament zu machen[9]). 4. Wer die ihm durch Testament oder Vertrag angefallene Erbschaft ausschlägt; nur der im Pflichttheil verkürzte Notherbe darf den vollständigen Pflichttheil fordern[10]), denn er hat einen andern Grund des Erbanfalls (§. 856). II. Die dem regelmäßigen Erbfolgerechte zu Grunde liegende Blutsgemeinschaft muß aus einer rechten Ehe (§. 770), oder aus einer legitimirten Zeugung (§. 772) entstanden sein; andere Zeugungen begründen nur eine außerordentliche Erbfolge. Die bei der künstlichen Verwandtschaft (Adoption, Einkindschaft) fingirte natürliche Verwandtschaft giebt eine gleiche Berechtigung; und da durch Herstellung einer künstlichen Verwandtschaft die natürliche nicht vernichtet werden kann, so folgt, daß ein Adoptirter in beiden Familien erbfolgeberechtigt ist (§. 845, II). Die Verwandtschaft wird aber nach der Zeit des Todes des Erblassers beurtheilt. Daraus folgen diese Sätze: 1. Die Person des Erben muß dann schon erzeugt, wenn auch noch nicht geboren sein[11]). 2. Eine Person, welche schon vor dem Erblasser verstorben, kann in keinem Falle ein Erbrecht haben, mithin auch das Recht, welches sie gehabt haben würde, wenn sie den Anfall erlebt hätte, nicht auf ihre Nachkommen übertragen. Das s. g. Repräsentationsrecht Behufs des Erbfolgerechts ist dem Pr. R. nicht bekannt[12]) und auch für dasselbe ganz entbehrlich. Uebrigens sind die Verwandten bis in den entferntesten Grad successionsfähig, wie im neuern R. R.[13]).

---

9) §§. 24, 25, 609 a. a. O.

10) I, 9, §§. 401, 402; II, 1, §§. 490, 491; I, 12, §. 642.

11) I, 9, §§. 371 flg. — S. o. §. 42. — L. 6, 7, 8 pr. D. de suis (XXXVIII, 16); L. 1, §. 8 D. unde cognati (XXXVIII, 8); §. 8 J. de hereditat. (III, 1). S. u. §. 847.

12) II, 2, §§. 353—358; II, 3, §§. 38, 40; I, 18, §. 393. — Anm. z. Entw. eines A. G. B., Th. I, Abth. 1, Tit. 3, §. 28. — Suarez, amtl. Vortr. zu II, 3, §§. 35—38; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 146. Wird in neuerer Zeit auch von den meisten Röm. Rechtsgelehrten verworfen.

13) Anders nach älterem R., wonach die Kognaten nur bis zum sechsten Grade, und nur Einige aus dem Siebenten, zur Succession gelangten. Ulpian. XXVIII, §. 7; L. 1, §. 3, L. 9 pr. D. unde cognati (XXXVIII, 8); §. 5 J. de success. cognat. (III, 5).

3. Ordnung.

§. 847.

a) Grundsatz.

Die Verwandten sind zwar Alle successionsfähig, aber nicht Alle zugleich berechtigt, vielmehr findet eine gewisse Rangordnung statt, welche auf dem Grundsatze beruht, daß der Nächste, und mehrere gleich Nahe zugleich berufen sind. I. Bei der Frage: wer der Nächste sei, entscheidet in allen Fällen die Zeit des Ablebens des Erblassers. In diesem Punkte findet sich eine erhebliche Abweichung des Pr. R. von dem R. R. Dieses hat den Grundsatz: es wird auf die Zeit gesehen, wo die Erbschaft angetragen wird. Ist ein Testament vorhanden, welches später destitut wird, so wird die Erbschaft demjenigen Intestaterben deferirt, welcher zu der Zeit der Nächste ist, wo der Testamentserbe die Erbschaft ausschlägt, nach der Regel: proximus per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento haeredem exiturum[14]); ist von Anfang kein Testament da, so wird Demjenigen, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers der Nächste ist[15]), deferirt; schlägt Dieser aber die Erbschaft aus, so kommt nicht Derjenige an die Reihe, der nach ihm, zur Zeit des Ablebens des Erblassers, Diesem am nächsten stand, sondern Derjenige, welcher zu der Zeit, wo der zuerst Berufene die Erbschaft ausschlägt, dem Erblasser der Nächste im Grade ist[16]); es kommt also immer auf den Zeitpunkt an: wo die Erbschaft jedes Mal deferirt wird. Der Grund davon liegt darin, daß die Erbschaft, nach R. R., durch positive Handlung erworben werden muß; und daß die rechtliche Möglichkeit zu dieser Erwerbung von einer Bedingung, nämlich der Delation, die erst mit dem Ausfall des Vorstehenden eintritt, abhängt, deren

---

14) §§. 6, 1, J. de leg. agnat. (III, 2). — L. 6, 7 D. unde cognati (XXXVIII, 8); L. 2, §§. 5, 6; L. 1, §. 1 D. de suis (XXXVIII, 16).

15) §. 6 J. de legitima agnator. (III, 2).

16) L. 1, §. 11, L. 2, §. 22 D. ad S. C. Trebell. (XXXVIII, 17); L. 6 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

Eintritt erlebt werden muß. Das Pr. R. beruht auf einer ganz andern Ansicht: die Erbschaft ist mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers allen seinen successionsfähigen Verwandten angefallen und beziehlich erworben, aber Allen nur bedingt: dem Nächsten unter der Bedingung: wenn er will; jedem Nachfolgenden unter der Bedingung: wenn der Vorstehende nicht will oder kann[17]). Daraus erklärt sich, warum die Annahme der Erbschaft in allen Fällen auf den Todestag zurückwirkt und daß zu keiner Zeit eine Erbschaft, nach Pr. R., eine hereditas jacens im Sinne des R. R. ist: ein Erbe und Eigenthümer der Erbschaft ist immer da, nur unbekannt kann er eine Zeit lang sein (§. 808 Note 29). II. Die Rangordnung läßt sich, wenn sie durch ein Prinzip geregelt werden soll, möglicher Weise bloß nach der Zahl der Zeugungen, wodurch der Erbe mit dem Erblasser in Verbindung steht (Gradualfolge), oder nach der Nähe zu dem gemeinschaftlichen Stammvater oder der Linie (Lineal- oder Parentalenfolge), oder nach der Nähe der Linie und des Grades in derselben zugleich (Lineal-Gradualfolge) bestimmen. Die Pr. Rangordnung gründet sich auf kein dergleichen Prinzip, sondern auf das Gefühl der Redaktoren; denn Diese wollten nur den präsumtiven Willen des Erblassers ergänzen, und diesen Willen vermutheten sie aus dem Grade der Liebe des Erblassers zu seinen verschiedenen Verwandten[18]). Da jedoch, je nach dem Gefühle der Einzelnen, die Ansichten über die Größe der Liebe zu dem Einen oder dem Andern sehr verschieden sein können: so ist in der That nur nach dem Gefühle der Verfasser des A. L. R. die Rangordnung bestimmt worden[19]). Darum auch weicht sie sowohl von der durch die Nov. 118 und 127 begründeten, als von allen andern bekannten Ordnungen ab. Nach derselben fallen die Verwandten in fünf Klassen, und es ist Grundsatz, daß jede vorstehende die folgende Klasse ganz ausschließt und also keine Person aus einer bestimmten Klasse zur Erbschaft gelangen kann, so

---

17) I, 9, §§. 367—370, 406. Eine Anwendung des Grundsatzes enthält der §. 375 das. auf den Fall, wenn die bei dem Ableben des Erblassers vorhandene Leibesfrucht todt oder nicht lebensfähig geboren wird. — And. Mein. ist Witte, Intestaterbrecht §. 8 a. E.

18) Anmerk. z. Entw. Th. I, Abth. 1, S. 217.

19) Darauf ganz allein beruht es, daß Vater und Mutter die Geschwister ausschließen; denn man „müsse vermuthen, daß er seine Eltern mehr als seine Geschwister geliebt habe." S. 118 a. a. O.

lange noch Jemand aus einer vorgehenden Klasse vorhanden ist. Diese Klassen sind: 1. Die Abkömmlinge ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades; 2. Vater und Mutter; 3. vollbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge aus eigenem Rechte; 4. halbbürtige Geschwister mit ihren Abkömmlingen in gleicher Weise, und neben ihnen alle entfernteren Aszendenten nach der Nähe des Grades; 5. alle übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades.

§. 848.

b) Theilung unter Mehrere.

Mehrere gleich nahe Erben erwerben Alle die Erbschaft und theilen dieselbe. Die Art der Theilung ist gesetzlich bestimmt, nur bei Deszendenten steht sie in der Willkühr des Erblassers (§. 816, VII). Die Theilung unter mehrere gleich Nahe ist nicht immer gleich, nämlich nach Köpfen (in capita); sondern zuweilen erfolgt sie nach Linien (in lineas oder stirpes), d. i. wenn Mehrere zusammen für Einen gelten und den Theil erhalten, welchen Derjenige, durch welchen sie mit dem Erblasser verbunden sind, erhalten haben würde, wenn er selbst zur Erbschaft gelangt wäre. Daneben können noch Gleichberechtigte[20]) vorkommen, die einen selbstständigen, oder doch nur zuweilen nach der Zahl der Erben bestimmten, Theil erhalten. Die successio in stirpes kommt nur in der ersten, dritten und vierten Klasse, wo Abkömmlinge[21]) Vorverstorbener ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades zur Erbschaft mit Andern gelangen, vor, und hat zur Folge, daß eine mehrfache Verwandtschaft in Betracht kommt, d. h. daß eine mehrfach verwandte Personen in jeder Linie, durch die sie mit dem Erblasser in Verbindung steht, Theil nimmt, was bei der successio in capita nicht vorkommen kann.

---

20) In der vierten Klasse die Aszendenten, und aus der außerordentlichen Succession die nicht legitimen Verwandten und der Ehegatte.

21) Aszendenten succediren nie in lineas, sondern immer in capita, nämlich in den auf die aufsteigende Linie fallenden selbstständigen Theil. II, 2, §. 498. S. die vor. Note.

§. 849.

c) Anwachsrecht (jus accrescendi).

I. Das Erbrecht jedes Erben bezieht sich auf das Ganze und wird nur durch das des Miterben beschränkt. Daraus folgt, daß dasselbe mit dem Wegfalle der Beschränkung von selbst erweitert wird. Dieses Anwachsrecht muß also, wo es stattfindet, den Anfall des Theils des ausfallenden gleichberechtigten Berufenen an dessen Nachkömmlinge hindern. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß der Ausfall nicht erst nach der Erwerbung (Antretung) der Erbschaft eintritt; denn in diesem Falle geht die Erbschaft auf dessen Erben über (Transmission); hier wird an den Fall gedacht, wo Einer von mehreren gleich nahen Erben die Erbschaft ausschlägt oder wegen Unwürdigkeit verliert[22]). Gilt nun das Accreszenzrecht, so erhalten die übrigen Erben den Theil des Ausgefallenen; gilt es nicht, so treten die Nächsten nach ihm an dessen Stelle (successio graduum). Das alte R. Civilrecht und auch das prätorische Recht hatte die Regel: in legitimis hereditatibus successio non est; deshalb trat immer das Accreszenzrecht ein[23]). Nur für den ordo unde cognati (die dritte prät. Klasse) führte der Prätor die successio graduum ein, d. h. er bot dem Nächstfolgenden die bonorum possessio an, wenn der Vorgehende sie nicht agnoszirte[24]), und Justinian dehnte sie auf die Agnaten (die zweite prät. Klasse) aus[25]). In wiefern nun bei der durch die Nov. 118 eingeführten neuen Ordnung die successio graduum oder das jus accrescendi, welche einander aus-

---

22) Dieses sind nach Pr. R. die einzig möglichen Fälle des Wegfalls, weil die Erbschaft ipso jure erworben wird; nach R. R. gehörte hierher noch Versäumung der Frist und Tod vor der Antretung.

23) Ulpiani Fragm. XXVI, §. 5; §. 4 J. de S. C. Orphil. (III, 4); L. 9 D. de suis (XXXVIII, 16); L. 3, §. 9, L. 4, 5 D. de bonor. poss. (XXXVII, 1); L. un. C. quando non petent. (VI, 10).

24) §§. 4, 5 J. de bonor. possessione (III, 9).

25) §. 7 J. de legitima agnator. success. (III, 2).

schließen, gilt, ist streitig[26]). Das Pr. R.[27]) erkennt überall da, wo Abkömmlinge ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades berufen werden, die successio graduum an[28]), schließt mithin das Accreszenzrecht aus; und es ist darnach der Grundsatz anzunehmen, daß die successio graduum immer mit der successio in stirpes (§. 848 a. E.) verbunden ist, mithin dabei das Accreszenzrecht nur alsdann gilt, wenn der Ausfallende keine Abkömmlinge hat; daß Dasselbe hingegen bei der successio in capita, wo der Nähere den Entfernteren ausschließt, eintritt. II. Das jus accrescendi tritt nicht auf gleiche Weise für alle gleichzeitig Berufene ein, sondern nur für die conjuncti, d. h. Solche, welche entweder mit dem Wegfallenden durch ein gemeinschaftliches Mittelglied mit dem Erblasser in Verbindung stehen, wie z. B. mehrere Enkel von einem Sohne[29]), oder welche einen besondern gemeinschaftlichen Successionsgrund haben, wie z. E. entferntere Aszendenten neben Halbgeschwistern[30]), oder nicht legitime Verwandte[31]). In keinem Falle kann durch das Accreszenzrecht die Portion, welche die Miterben ohne dasselbe haben würden, vermindert werden, was geschehen würde, wenn der selbstständige Theil der Verbundenen (conjuncti) durch ihre Zahl bestimmt ist und man den Ausgefallenen nicht mitzählen wollte[32]). Dadurch würde das Accreszenzrecht thatsächlich ausgeschlossen sein; denn dieses besteht wesentlich darin, daß die Portion, welche dem Ausfallenden angefallen war, aber von ihm verschmäht wird, den Uebrigen zufällt; sie muß mithin schon ideel vorhanden sein. Dazu gelangt man auch, wenn man von der Pr. Art der Er-

---

26) Francke, über die Collision des Accrescenzrechts und der graduum successio; in den Beiträgen zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, I. Abth. (Gött. 1828) S. 167 flg.

27) Korte, Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Pr. R.; in Ulrich N. Archiv, Bd. II. S. 476 flg.

28) II, 2, §. 352; II, 3, §. 39. Witte, Intestaterbrecht, S. 46.

29) L. 12 pr. D. de bonor. possess. contra tab. (XXXVII, 4); L. 1, §. 2 D. de conjungendis (XXXVII, 8); L. 5, §. 2 D. si tab. nullae (XXXVIII, 6).

30) II, 2, §. 498.

31) §§. 580 flg., u. §. 652 a. a. O. Vergl. unten §. 852.

32) Dieser Meinung ist Witte a. a. O. S. 48. Möchte es dem Herrn Verfasser gefallen, die Frage noch einmal zu erwägen und die hier nur angedeuteten Gründe, welche die entgegengesetzte Meinung zu rechtfertigen scheinen, zu würdigen.

werbung der Erbschaft ausgeht. Die Erbschaft wird allen Erben als ein ungetheiltes Ganze, ipso jure, im Augenblicke des Ablebens des Erblassers erworben. Vier Kinder aus einer Ehe zur linken Hand also erwerben die Hälfte der väterlichen Verlassenschaft, in dem geeigneten Falle (31), mit dem Tode ihres Vaters als ein solches Ganzes. Schlägt später das Eine die Erbschaft aus: so kann der schon geschehene Anfall nicht wieder ungeschehen gemacht und darauf hin das Ganze auf ein Drittel der Verlassenschaft reduzirt werden; das hieße ihnen ihr Eigenthum wieder nehmen, denn der Antheil des Ausgeschiedenen ist ihnen durch den Zuwachs ipso jure und invito zugefallen[33]).

§. 850.

d) Spezielle Successionsordnung.

I. In die Erste Klasse gehören Alle, welche von dem Erblasser in gerader Linie abstammen[34]). Neben ihnen kann eine außerordentliche Succession, aus einem besonderen Successionsgrunde, namentlich die des Ehegatten und auch eine testamentarische, stattfinden. Alle Abkömmlinge, ohne Unterschied des Grades, succediren zugleich und aus eigenem Rechte[35]); nur muß keine Person zwischen ihnen und dem Erblasser stehen. Der auf sie fallende Theil der Erbschaft wird, wenn bloß Kinder ersten Grades vorhanden sind, nach der Kopfzahl, wenn aber entferntere Abkömmlinge konkurriren, nach den Linien (in stirpes) getheilt[36]), wenn nicht der Erblasser eine andere Theilung vorgeschrieben hat, was ihm zu thun freisteht (§. 816, VII). Wenn ein dazwischen stehender Abkömmling die Erbschaft nicht annehmen will oder kann, so kommen nur diejenigen Abkömmlinge von ihm zur Erbfolge, welche schon bei dem Ableben des Erblassers, wenn auch nur als Leibesfrucht, vorhanden waren; mithin nehmen

33) Eine Anwendung des hier behaupteten Satzes, daß nämlich der Ausfallende mitgezählt wird, findet sich auch II, 2, §. 488.

34) II, 2, §§. 271—377.

35) §§. 352—355 a. a. O. Dadurch ist der Streit über das Repräsentationsrecht für die richtige Meinung entschieden.

36) §§. 302, 348—351 das.

Diejenigen, welche erst während der Deliberationsfrist erzeugt oder legitimirt[37]) worden sind, nicht Theil[38]). II. Die Zweite Klasse hat bloß zwei Personen: den Vater und die Mutter des Erblassers, zu gleichen Theilen[39]). Der ursprünglich uneheliche Vater, dessen Kind durch richterlichen Ausspruch legitimirt worden, ist nicht ausgeschlossen[40]); eben so wenig die ehebrecherische Mutter. Neben den Eltern können konkurriren der Ehegatte, Kinder aus einer Ehe zur linken Hand zu einem Drittel oder zur Hälfte, und uneheliche Kinder zu einem Sechstel der Verlassenschaft. III. Die dritte Klasse enthält die vollbürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge aus eigenem Rechte, ohne Rücksicht auf den Grad, nach Linien[41]). Die Abweichung von dem R. R. liegt hier darin, daß im R. R. nur die Geschwisterkinder ersten Grades mit berufen, und nicht immer, sondern nur dann in stirpes theilen sollten, wenn sie nicht allein waren[42]). Neben ihnen können wieder der Ehegatte, Kinder aus einer Ehe zur linken Hand und uneheliche Kinder konkurriren. IV. In der Vierten Klasse stehen nebeneinander alle entfernteren Aszendenten nach der Nähe des Grades, mehrere gleich Nahe in capita, auf die Hälfte der Verlassenschaft, und halbbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge ohne Rücksicht auf den Grad, auf die andere Hälfte in stirpes[43]). Welcher von beiden Eltern den Halbgeschwistern gemeinschaftlich ist, kommt nicht in Betracht, auch

---

37) §§. 597—599 a. a. O. Auch durch Aufgebot der Eltern erfolgt die Legitimation, wenngleich die Trauung nachher unterblieben ist. Pr. 419, vom 30. Januar 1838.

38) S. o. §. 747 u. §. 846 Note 11. — And. Mein. ist Witte a. a. O., S. 53.

39) II, 2, §§. 489—491.

40) A. M. ist Witte, a. a. O. S. 57. Allein das richterliche Urtel fingirt die wirkliche Vollziehung nur deshalb, um die nach manchen Rechten noch jetzt übliche Zwangstrauung unnöthig zu machen. Diese Fiktion muß deshalb alle die rechtlichen Folgen haben, welche eine wirkliche Zwangstrauung haben würde, wenn darauf wieder die Scheidung erfolgt wäre. Der letztere Umstand hat nur Einfluß auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Ehegatten; aber der Status der Abkömmlinge aus dieser Ehe, der durch die Zwangstrauung oder durch die Fiktion einmal hergestellt worden ist, wird durch die Scheidung der Eheleute nicht wieder vernichtet.

41) II, 3, §§. 35—40.

42) War nach der Nov. 118 streitig und wurde durch den Reichsabsch. v. 1529, §. 39 entschieden.

43) II, 2, §§. 493-498; II, 3, §§. 41-45.

ist es gleichgültig: von welcher Seite das Vermögen des Erblassers herkommt[44]. V. Die Fünfte Klasse umfaßt alle übrigen Verwandten ohne Rücksicht auf volle oder halbe Geburt. Sie succediren nach der Nähe des Grades, mehrere gleich Nahe immer in capita[45]. Mit den nahen Verwandten (bis zu und mit dem 6ten Grade) konkurriren als Erben in certam partem der Ehegatte, und Kinder aus einer Ehe zur linken Hand; die entfernteren Verwandten werden von Beiden ausgeschlossen[46]; uneheliche Kinder konkurriren selbst mit den Entferntesten immer nur auf ein Sechstel.

II. Außerordentliche Succession.

§. 851.

1. Succession der Ehegatten.

Den Ehegatten ist ein wechselseitiges wahres Erbrecht beigelegt, welches sich auf die innige Gemeinschaft der Lebensverhältnisse gründet[1]. I. Der Umfang ist je nach den unter ihnen bestandenen Güterverhältnissen und nach den Verwandten, mit welchen sie konkurriren, verschieden. 1. Wenn keine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestanden hat, so erhält der Ueberlebende: a) als Erbtheil, aa) wenn er mit Abkömmlingen konkurrirt, Kindestheil, doch nie über ein Viertel des Ganzen; bb) wenn Aszendenten, Geschwister oder deren Kinder ersten Grades vorhanden sind, ein Drittel; cc) wenn andere, nicht über den sechsten Grad entfernte, Verwandte erben, die Hälfte; und dd) wenn nur entferntere Verwandte vorhanden sind, das Ganze[2]; b) als Voraus, wenn die Miterben nicht Deszendenten des Erblassers sind, alles im gewöhnlichen Gebrauche gewesene Bett- und Tischzeug, und die

---

44) II, 3, §§. 43, 44; II, 2, §. 499. Darauf wird nach vielen Statutarrechten gesehen, namentlich auch nach dem Wenzeslaus'schen Kirchenrechte, welches jedoch seit 1846 aufgehoben ist. (G. S. 1845, S. 471).

45) II, 3, §§. 46, 48, 49, 51.

46) II, 1, §§. 622, 627; II, 2, §. 584.

1) II, 1, §§. 623 flg. — Anm. z. Entw. des G. B., Th. I, Abth. 1, S. 90.

2) §§. 621—627 a. a. O.

Meubeln und den Hausrath[3]), sofern dieselben nicht Zubehör eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit sind. Dieser Voraus ist eine Singularsuccession und wird deshalb hinsichtlich des Beitrags zu den Nachlaß-Schulden wie ein Legat behandelt[4]). 2. Wenn Gütergemeinschaft gegolten hat, so erhält der Ueberlebende, im Falle er mit unabgefundenen Kindern (§. 843) konkurrirt, als Voraus die zu seinem eigenen persönlichem Gebrauche bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche, wogegen die Kinder des Erblassers die zu dessen persönlichem Gebrauche bestimmt gewesenen gleichartigen Sachen vorwegnehmen, und von dem Uebrigen die Hälfte als sein Eigenthum; sonst nichts; konkurrirt er aber mit unabgefundenen Kindern, so erbt er gerade so wie außer dem Falle der Gütergemeinschaft, und von dem Erbtheile der Verwandten hat er noch den lebenslänglichen Nießbrauch[5]). Konkurriren abgefundene (§. 843) und unabgefundene Kinder mit dem Ehegatten, so erhält er von dem auf die Erstern fallenden Theile seine verhältnißmäßige Erbportion und von dem Uebrigen den Nießbrauch[6]). Der Nießbrauch fällt jedoch, in Ansehung der Mobilien, welche der überlebende Ehegatte vermöge seines Wahlrechts zur Naturaltheilung bringt, in jedem Falle weg[7]). Der überlebende Ehegatte ist in Ansehung des ihm zufallenden Theils des Ganzen wahrer Erbe und hat daher alle Rechte und Pflichten eines solchen, auch in Ansehung der Erbschaftsgläubiger. Auch das Anwachsrecht kann ihm mit gültigem Grunde nicht abgesprochen werden, so wenig in den Fällen, wo er einen Kopftheil erhält, als

3) An diesen Gegenständen ist der Zusammenhang des Voraus mit dem altdeutschen Güterrechte der Eheleute zu erkennen; sie sind die alten Gerade als Ersatz der eingebrachten Aussteuer. Damit sind die Röm. Erbrechte der Ehegatten ex edicto unde vir et uxor und aus der Nov. 117 ganz allgemein verbunden. Auch die Bestimmung, daß der Ehegatte die über den 6ten Grad entfernten Verwandten ausschießt, erinnert an die Berufung ex edicto unde vir et uxor, welche eintrat, wenn keine Kognaten innerhalb des sechsten Grades (mit zwei Ausnahmen aus dem siebenten) vorhanden waren.

4) II, 1, §§. 628—630.

5) §§. 637—647 a. a. O. Vergl. in Beziehung auf die Paderborn'sche Gütergemeinschaft die Pr. 1287, v. 10. April 1843; 1543, v. 7. Februar 1845; 1556, v. 14. März 1845; in Beziehung auf die Münstersche die Pr. 947, v. 16. Novbr. 1840 und 1497, v. 18. Oktbr. 1844.

6) §§. 644—646 a. a. O. Die Vorschriften §§. 645, 646 kommen da nicht zur Anwendung, wo das Wenzeslaus'sche Kirchenrecht gilt. Pr. 724, v. 7. Septbr. 1839. Durch Aufhebung dieses Rechts (§. 850, Note 44) hat dieses Pr. seinen praktischen Werth verloren.

7) §§. 650—652 das. Sonst möchte davon nichts übrig bleiben.

in solchen, wo durch den Ausfall der ursprünglich Gerufenen eine andere Klasse zur Erbschaft gelangt: hier kann eine Vergrößerung der certa pars von einem Viertel auf ein Drittel oder die Hälfte, je nach dem Grade der Verwandtschaft, womit der Ehegatte konkurrirt, ja selbst die Ausschließung aller noch vorhandenen Verwandten, nämlich wenn die Verwandten des sechsten Grades ausfallen und noch Entferntere da sind, die Folge des Anwachsrechts sein [8]). III. Die Bedingungen des Erbrechts sind: eine gültige und rechte Ehe, und Fortdauer derselben bis zum Tode [9]). Die beständige Scheidung katholischer Eheleute von Tische und Bette hat dieselben bürgerlichen Wirkungen wie eine Trennung des Ehebandes [10]). Die Scheidungsklage geht, zum Zwecke der Ausschließung des hinterbliebenen Ehegatten von der Erbschaft, in der Regel nicht aktiv auf die Erben über. Die Ausnahmen sind: 1. wenn der Hinterbliebene den Tod des Verstorbenen verursacht hat; 2. wenn der Verstorbene von dem Ueberlebenden auf Scheidung zu klagen verhindert worden ist; 3. wenn die Klage bereits angebracht und die Sühne fruchtlos versucht war [11]). IV. Haben die Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz verändert und sind die Erbfolgegesetze in Beziehung auf Eheleute an dem ersten und an dem letzten Wohnorte verschieden: so hat der Ueberlebende die Wahl, nach welchen Rechten er erben will [12]).

---

8) Witte, Intestaterbrecht, S. 88.

9) II, 1, §. 903. — L. un. pr. §. 1 D. unde vir et uxor (XXXVIII, 11).

10) II, 1, §. 734. Kann gesetzmäßig nicht mehr vorkommen, wenn nicht die alte Gerichtsverfassung wieder zurückgebracht wird, was freilich nicht unmöglich scheint und sogar in Aussicht steht. Hat doch der Justizminister Simons kürzlich (Juli 1851) die Gerichtsbarkeit der katholischen Diöcesanbehörden in Ehesachen, soweit es sich von der Nichtigkeitserklärung einer Ehe, oder von der Trennung vom Tisch und Bette in kirchlicher Beziehung handelt, anerkannt, und ihnen ein Exekutionsrecht wegen der Kosten in solchen Sachen (durch Requisition der Gerichte) vindiciren wollen.

11) §§. 827—831 a. a. O. Des fehlenden Sühneversuchs ungeachtet kann der Ehescheidungsprozeß von den Erben des verstorbenen Ehegatten fortgesetzt werden, wenn nur der ernstliche Wille desselben, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen, konstirt. — Die Revision wird auch dann gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse zugelassen, wenngleich nur die Frage: ob und wer für den schuldigen Theil zu erachten, streitig ist. Pr. 87, v. 27. April 1835. — Die Vorschrift des §. 830 begreift auch den Fall: wenn auf Trennung der Ehe erkannt, der eine Ehegatte für den schuldigen Theil erklärt und in die gesetzliche Scheidungsstrafe verurtheilt, die Publikation (Insinuation) des Urtels aber auf ein Jahr ausgesetzt worden, hinterher jedoch noch vor Publikation des Urtels der unschuldige Ehegatte verstorben ist. Pr. 2085, v. 18. Decbr. 1848.

12) §§. 495, 496 a. a. O. Die Wahl findet nicht statt, sondern ist ausgeschlossen, wenn nach den Gesetzen des ersten Wohnorts die eheliche Gütergemein-

2. Succession der nicht legitimen Verwandten.

§. 852.

a) Erbrecht der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand.

I. Zwischen den Kindern aus einer Ehe zur linken Hand und ihrer Mutter und deren Verwandten wird ein ganz gleiches Verhältniß und wechselseitiges Erbrecht anerkannt wie unter Verwandten aus rechter Ehe [1]). II. In den Nachlaß des Vaters folgen die Abkömmlinge aus einer Ehe zur linken Hand nur, wenn keine Abkömmlinge aus einer rechten Ehe vorhanden sind. Dann konkurriren sie mit der rechtmäßigen Wittwe und mit den Verwandten bis zum sechsten Grade einschließlich, die Entfernteren schließen sie ganz aus. Sie erhalten, außer den noch erforderlichen Ausstattungs- und Erziehungskosten [2]), ein Drittel, wenn ihrer nur Drei sind; und die Hälfte, wenn die Zahl größer ist, und zwar erst von dem nach Abzug der Portion für die Wittwe übrig bleibenden Theile der Erbschaft [3]). Wenn auch die weitern Abkömmlinge wieder aus einer Ehe zur linken Hand sind, so steht ihnen dennoch dieses Erbrecht zu [4]). Konkurriren sie bloß mit der Wittwe, so erhält Diese nur ihre Portion.

---

schaft zwischen den Eheleuten eingeführt ist. Pr. 120, v. 29. August 1836. — Der §. 496 gilt nicht für suspendirt. Pr. 1347, v. 9. Oktbr. 1843.

1) II, 2, §§. 586—589 das.

2) §§. 570—574 a. a. O. Diese werden gewissermaßen als eine Schuld behandelt.

3) §§. 580—584 das.

4) Witte meint, nach unserer Legislation (II, 1, §. 837 vergl. mit II, 2 §. 558) könne von fernern Descendenten zur linken Hand nicht Rede sein. Mir scheint solches gleichwohl in zwei Fällen möglich: wenn eine Tochter z. l. H. wieder morganatisch heirathet, und wenn der Sohn aus der Ehe zur linken Hand eines Souverains oder eines Prinzen, wie immer zu geschehen pflegt, einen hohen Stand erhält, und dadurch zur Eingehung einer solchen Ehe befähigt wird. Ueberdieß ist ja die Bedingung einer solchen Ehe keine Rechtssache, sondern eine reine Gnadensache.

§. 853.

b) Erbrecht unehelicher Kinder.

I. Uneheliche Kinder ohne Unterschied beerben die Mutter und Diese Jene wie eheliche[5]), mit folgenden Ausnahmen: 1. in die Gerade folgen sie erst, wenn keine eheliche Abkömmlinge vorhanden sind[6]); 2. wenn die Mutter eheliche Kinder hat, so werden sie durch Diese von demjenigen Vermögenstheil ausgeschlossen, der von dem Vater derselben auf sie vererbt worden ist[7]). Zwischen den ehelichen Abkömmlingen unehelicher Kinder und der unehelichen Großmutter gilt ein Gleiches[8]). II. Gegen die mütterlichen Verwandten haben sie kein Erbrecht, ihre unehelichen Geschwister von der Mutterseite und deren eheliche Abkömmlinge ausgenommen, wenn auch diese Geschwister verschiedene Väter haben[9]). Durch die Legitimation des Einen oder des Andern kann das einmal zwischen ihnen gegründete Verwandtschaftsverhältniß mit seinen rechtlichen Folgen nicht wieder zerrissen werden. III. Auf den Nachlaß des Vaters (§. 778 No. V) haben uneheliche Kinder und deren eheliche Abkömmlinge, wenn nicht Nachkommen des Vaters aus einer rechten Ehe oder aus einer Ehe zur linken Hand vorhanden sind, ein Erbrecht zu einem Sechstel des nach Abzug der Portion der hinterbliebenen Wittwe verbleibenden Restes. Diese certa pars bleibt unverändert, die Miterben mögen sein wer sie wollen, selbst wenn der Fiskus, in Ermangelung einer Wittwe und von Verwandten, eintritt. Mehrere uneheliche Kinder, wenn auch von verschiedenen Müttern, theilen dieses Sechstel nach der Kopfzahl, oder wenn entferntere eheliche Abkömmlige von ihnen vorhanden sind, nach Linien[10]). Die noch unerzogenen un-

---

5) §. 656 a. a. O. Anh. §. 99.

6) §§. 511, 512 das. Den Begriff der Gerade s. o. §. 89 a. E.

7) §. 657 a. a. O.

8) §§. 660, 661 a. a. O. Widerspricht dem G. R. Vergl. Pr. 176, v. 28. Februar 1837.

9) II, 3, §. 6. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. VI, S. 189 flg. Note 4a zu §. 845.

10) II, 2, §§. 652, 581—583. Dieses Sechstel erinnert an den sextans aus der Nov. 89, c. 12, §. 4.

ehelichen Kinder können statt dieses Erbtheils, nach ihrer Wahl, das zur Vollendung ihrer Erziehung noch Fehlende aus dem Nachlasse fordern. Diese Forderung ist nicht etwa die auf die Erben übergegangene Alimentationsverbindlichkeit des Vaters, welche vielmehr mit dessen Tode erloschen ist[11]), sondern eine Singularsuccession von Todeswegen, die in jedem Falle dem unehelichen Kinde zusteht, mag der Vater mit oder ohne Hinterlassung ehelicher Nachkommen, und mit oder ohne Testament verstorben sein. Doch kann das Kind, wenn es auch unter dem Erbestitel in eine Quote gerufen wird, nicht Beides zugleich, sondern nur alternative das Eine oder das Andere verlangen[12]). Diese singulaire Zuwendung, welche den noch unerzogenen Kindern, nach Art eines Pflichttheils, in jedem Falle gebührt, ist nach ihrem Belaufe nicht immer gleich. Maßgebend ist zunächst das Bedürfniß, wonach der Richter die Summe bestimmt. Sind eheliche Kinder vorhanden: so darf der Aussatz nur aus den jährlichen Einkünften entnommen werden und deren Betrag nicht übersteigen; sind andere Erben: so kann das Fehlende aus der Substanz gefordert werden. Sind auch noch eheliche Kinder unerzogen, und reichen die Nutzungen der Erbschaft nicht zur Erziehung Aller aus: so werden die Einkünfte auf sämmtliche unerzogene Kinder dergestalt vertheilt, daß jedes eheliche Kind noch ein Mal so viel erhält, als ein uneheliches[13]). In einer andern Art kann von einem Vorzuge der ehelichen Kinder vor unehelichen überhaupt nicht Rede sein; sind keine Einkünfte vorhanden, oder verzehren die ehelichen Kinder die Substanz; so haben die unehelichen nichts mehr zu fordern, denn die Alimentenschuld ihres Vaters ist, als solche, mit dessen Tode erloschen, mag sie auch bei dessen Leben durch Richterspruch festgestellt gewesen sein; und für ihre Singularsuccession von Todes-

---

11) S. o §. 596. Davon ganz verschieden in ihrer rechtlichen Natur ist die Verbindlichkeit eines „Zuhalters" zur Alimentation eines Kindes, dessen Vater wegen der Mehrzahl der Beischläfer nicht auszumitteln ist. S. o. §. 595. Diese Verbindlichkeit ist eine gewöhnliche Entschädigungsschuld, welche sich vererbt.

12) Anh. z. A. L. R. (II, 1, §. 652) §. 97. Entsch. der Ges.-Kommiss. v. 14. März 1794. (Stengel I, S. 365; Rabe II, S. 611).

13) §§. 647—652 a. a. O. Hat der Erbe des Vaters die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten, so findet diese Vertheilung keine Anwendung, vielmehr sind die Verpflichtungen des Erben nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung eines solchen Erben für die Erbschaftsschulden zu beurtheilen. Pr. 825, v. 24. Februar 1840.

wegen fehlt der Gegenstand. Rückständige Alimente gehören gar nicht hierher: Diese hat in der Regel nicht das Kind, sondern nur Derjenige zu fordern, welcher das Kind verpflegt hat. Daß erzogene uneheliche Kinder ein Erbrecht haben, ist mit zureichendem Grunde nicht zu bestreiten [14]. Konkurriren sie mit unerzogenen Geschwistern, welche die Erziehungskosten wählen: so erhalten sie von dem gemeinschaftlichen Sechstel ihren Kopftheil.

§. 854.

3. Erbrecht der Pfleger.

Wegen Reichung des Unterhalts aus Wohlthätigkeit haben ein Erbrecht in den Nachlaß des Pfleglings: I. Pflegeeltern, an Stelle derjenigen Verwandten, die sich des verlassenen Kindes anzunehmen wissentlich und vorsätzlich, und ohne Selbst Mangel zu leiden, geweigert haben [15]. II. Privatpersonen, welche den Erblasser, der von seinen vermögenden Verwandten, der ausdrücklich, gleichviel von wem, geschehenen Aufforderung zur Ernährung ungeachtet, hülflos gelassen worden, vollständig ernährt haben, ebenfalls an Stelle solcher Verwandten [16]. III. Oeffentliche Armenanstalten [17] unter folgenden Voraussetzungen: 1. Dem Aufzunehmenden, oder, wenn er selbst überhaupt oder doch bezüglich auf sein Vermögen nicht verfügungsfähig ist, dessen Pflegern oder nächsten Verwandten, muß das der Anstalt zustehende Erbrecht zu Protokoll bekannt gemacht werden [18]. 2. Auf diese Bekanntmachung muß sich Niemand unter den Verwandten zu einer gleich guten Verpflegung des Aufzunehmenden erbieten, es müßte denn Dieser, wenn er willensfähig ist, die Anstalt vorziehen [19]. 3. Die Ver-

---

14) Wegen §. 97 des Anh. wird es bezweifelt.

15) II, 2, §. 762. S. o. §. 779.

16) II, 3, §§. 23–29. Vergl. Nov. 115, c. 3, §. 12, wo das Gleiche in Beziehung auf Wahnsinnige verordnet ist. Der Grundsatz ist durch das A. L. R. auf alle Hülfsbedürftige ausgedehnt.

17) Aelteres Recht: Edikt v. 8. Mai 1735 (Rabe, XIII, S. 81). Vergl. R. v. 2. Juli 1801 (Stengel, XIII, S. 316 flg.). Ueber R. R.: Dirksen, civil. Abth. II, S. 99.

18) II, 19, §§. 60, 61, 65. Ist hinsichtlich der auswärts wohnenden Verwandten unausführbar.

19) §§. 62–64 a. a. O.

pflegung muß unentgeltlich und vollständig sein und bis an den Tod des Pfleglings gedauert haben[20]; häusliche Dienstleistungen und Arbeiten für den Hausgebrauch, wozu jeder Häusling nach seinen Fähigkeiten und Kräften verpflichtet ist, werden nicht als Vergeltung angesehen[21]. 4. Die Aufnahme muß auch nicht gegen ein verhältnißmäßiges Einkaufsgeld geschehen; die Erlegung eines geringen, mit der Verpflegung nicht in Verhältniß stehenden, Eintrittsgeldes schließt das Erbrecht nicht aus[22]. — Das Erbrecht ist eine wirkliche Universalsuccession, und es konkurriren nur die ehelichen Abkömmlinge und die Ehefrau mit ihrem Pflichttheil oder vertragsmäßigen Erbtheil, wenn nicht diese Personen durch ungerechtfertigte Versagung des Unterhalts ihr Erbrecht verloren haben[23]. IV. Eine Singularsuccession steht einer Waisenanstalt, wenn die Voraussetzungen des Erbrechts fehlen, noch zu auf dasjenige Vermögen, welches eine zur Erziehung aufgenommene Waise in das Haus gebracht hat oder ihr vor dem Austritte aus demselben angefallen ist, im Falle das entlassene Kind noch in der Minderjährigkeit, und, wenn Es eine Frauensperson, auch unverheirathet stirbt[24]. Ist der Anstalt in einem besondern Falle das Erbrecht nicht erworben, so kann sie die Verpflegungskosten aus der Verlassenschaft des Pfleglings erstattet verlangen[25].

§. 855.

4. Erbrecht des Fiskus.

A. L. R. II, 16, §§. 16–29. — Blume, über das Recht des Fiskus an erblosen und confiscirten Gütern, im Rheinischen Museum, Bd. IV, S. 212 flg. — v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia; in Linde's rc.

---

20) §§. 50, 55, 67 das. Ein Hospital, welchem durch den Tod des Beneficiaten das Erbrecht auf dessen Nachlaß angefallen ist, kann nicht, unter Entsagung dieses Erbrechts, die für den Beneficiaten während seines Lebens gemachten Verwendungen als eine Schuld aus dessen Nachlaß zurückfordern. Pr. 1638, v. 1. Novbr. 1845. Eine Anomalie. Denn die Verpflegung versteht sich unter dem Vorbehalt der Erstattung im Falle der Vermöglichkeit; das Erbrecht ist das Majus. Vergl. §§. 55, 67, 68 a. a. O.

21) §§. 73, 87, 88 das.

22) §§. 69, 70, 72 a. a. O. Die faktische Frage der Verhältnißmäßigkeit ist zunächst nach den Statuten aus der Bestimmung des Eintrittsgeldes zu entscheiden.

23) §§. 50—54 das.

24) §§. 55—58 das. Auch kinderlos muß die Frauensperson gestorben sein.

25) §§. 65, 66 a. a. O. Das gilt für alle Verpflegungsanstalten.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. X, (Giessen 1836), S. 89 flg. — **Schmidt**, de successione fisci in bona vacantia ex jure Romano. Jenae 1836. Zu Beiden die Recension in **Richter's** krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 309 flg. — **Maier**, Abhandlung von der Succession des Fiskus. Ulm 1786.

I. Das Recht auf erblose Güter stammt nicht aus dem R. R. her; schon vor Einführung des R. R. fielen solche Güter an die Gerichtsobrigkeit, indem der Richter die Erbschaften, wozu sich kein Erbe einfand, in seine Gewahrsam nahm, was auch nach heutigem Rechte geschieht [1]), und, wenn sich binnen 30 Jahren und Jahr und Tag Niemand meldete, behielt [2]). Wo der König die Gerichtsbarkeit hatte, übte sein Graf dieses Recht aus, der dafür einen Theil von solchen Gütern erhielt. Dieses gräfliche Recht ist später an die Landesherren übergegangen. Hierzu kam das R. R., welches die bona vacantia, wie man das Vermögen eines Verstorbenen, dessen Erbe Niemand sein wollte, nannte, anfänglich dem Aerarium [3]), später dem Fiskus zuwies [4]). Doch hat dasselbe das deutsche Recht nicht vollständig verdrängen können, vielmehr haben sich viele Städte — einzelnen Gerichtsherren mag es wol nicht geglückt sein [4a]) — in ihrem Rechte bis auf die Jetztzeit erhalten [5]). II. Das A. L. R. hat die Röm. Grundsätze angenommen. Der Fiskus hat in Ermangelung von Verwandten und eines Ehegatten ein ausschließliches Recht auf die Erbschaft eines Verstorbenen, insoweit Dieser einen Testamentserben nicht eingesetzt hat [6]) oder der Berufene die Erbschaft ausschlägt; doch sind uneheliche Kinder eines männlichen Erblassers Miterben auf ein Sechstel [7]). Das Recht des Fiskus ist ein wirkliches Erbrecht [8]); daher hat der Fiskus alle Rechte und

---

1) I, 9, §. 460. Das Einschreiten des Richters beruht also auf deutscher Rechtsanschauung.

2) Sachs. Landr. Bd. I, Art. 28, 29.

3) Ulpian. XXVIII. §. 7; Gajus II, §. 150; L. 96, §. 1 D. de leg. I.

4) Tit. C. de bonis vacantibus (X, 10).

5) Schles. Archiv, Bd. II, S. 110 flg. — Jur. Wochenschr. 1840, S. 269. Der §. 20 d. T. geht von der Röm. Voraussetzung aus.

6) I, 12, §. 285.

7) II, 2, §. 652. Also auch den unehelichen Blutsverwandten geht der Fiskus vor.

8) II, 16, §§. 16, 20. — Entsch. des Ober-Trib. Bd. VII, S. 155. Nach G. R. streitet man darüber. **Blume**, über das Recht des Fiskus an erblosen Gütern; im Rhein. Mus. Bd. IV, S. 212.

Pflichten eines Erben, und muß folglich die Nachlaß-Schulden und die Legate bezahlen[9]), er kann auch die Rechtswohlthat des Inventariums durch Versäumung seiner Beamten verlieren[10]). Meldet sich innerhalb der ordentlichen Verjährungszeit ein erbfähiger Verwandter, so erhält er die Erbschaft in ihrem dermaligen Zustande, nämlich soviel davon noch vorhanden, zurück[11]). Nimmt ein Fremder eine vakante Erbschaft in Besitz, so wird die hereditatis petitio des Fiskus erst durch die vollendete Ersitzung fiskalischer Rechte (§. 161) ausgeschlossen[12]). Der Röm. Satz, daß der socius liberalitatis principis den Fiskus von der gemeinschaftlichen Sache ausschließt, wenn der eine Theilhaber ohne Erben stirbt, ist beibehalten[13]). Sind die zu einer vakanten Erbschaft gehörigen Gegenstände an verschiedenen Orten, wo verschiedene Behörden das Recht auf erblose Verlassenschaften haben: so sollte folgerecht dem am Wohnorte des Erblassers berechtigten Fiskus die Erbschaft als ein Ganzes anfallen; es soll jedoch jedem Berechtigten das zur Zeit des Todes in seinem Bezirke befindliche bewegliche und unbewegliche Vermögen gebühren und die ausstehenden Forderungen soll der am Wohnorte Berechtigte erhalten[14]), was als eine Singularität anzusehen ist. In diesem Falle werden die verschiedenen Berechtigten die auf den einzelnen Sachen haftenden oder darauf angewiesenen Lasten, ein Jeder von seinen Sachen, tragen, und hinsichtlich der übrigen Erbschaftsschulden und Legate als Miterben, nach Verhältniß des Werthes der Jedem gebührenden Gegenstände, aufkommen müssen.

---

9) §§. 25, 26 a. a. O. — L. 96, §. 1, L. 114, §. 2 D. de leg. I.

10) II, 14, §§. 76 u. 77, verb. mit I, 9, §. 432. Die 4jährige Restitution steht ihm aus §. 177, I, 14 nicht zu. S. o. S. 268 u. 269, Note 7.

11) II, 16, §. 27; II, 18, §§. 847 flg.

12) II, 16, §. 21. Dadurch ist die 4jährige Verjährung der L. 1, §. 2 D. de jure fisci (XLIX, 14), L. 6, §. 7 D. si quis omissa (XXIX, 4), L. 10, §. 1 D. de diversis tempor. (XLIV, 3) u. L. 1 C. de quadriennii (VII, 37) beseitigt worden.

13) §. 23 a. a. O. — L. un C. de liberalit. imperialis (X, 14).

14) §§. 28, 29 a. a. O. Die Satzung ist aus der, nach dem Prinzipe des A. L. R. §§. 20 u. 25 verworfenen, Ansicht, daß die Besitznahme erbloser Güter nur mittelst eines Occupationsrechts geschehe, herüber genommen. Sie paßt nicht zum Erbrecht. Vergl. Blume, im Rhein. Museum, Bd. IV, S. 213.

Viertes Kapitel.

Von den Pflichttheilsberechtigten.

A. L. R. II, 2, §§. 391—480; 501—518; II, 1, §§. 631—633. — Gärtner, das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im Allgemeinen Landrechte; in Simon's Zeitschrift, Bd. II, S. 392 flg. — J. C. Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen, nach Röm. Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115. Umarbeitung einer von der Berliner Juristenfacultät gekrönten Preisschrift. Bonn 1829. — Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Eine civilistische Abhandlung. Göttingen, 1831. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Th. 35 u. 36.

§. 856.

1. Das Allgemeine.

Die Willkühr eines Testators ist durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen in der Art beschränkt, daß gewisse Personen nicht ausgeschlossen werden dürfen und, wenn es geschehen, selbst wider dessen Willen, von Gesetzeswegen, zur Erbfolge berufen werden. Diese Personen nennt man Notherben (heredes necessarii) oder Pflichttheilsberechtigte. Durch die verworrene Lehre des R. R. von den Pflichttheilsberechtigten ziehen sich zwei klare Grundprinzipien: billige Rücksicht auf nahe Verwandte, und Ungültigkeit des letzten Willens wegen Uebergehung derselben so wie wegen muthmaßlichen Irrthums in Beziehung auf das Dasein eines Kindes *). Diese leitenden Grundsätze sind in dem A. L. R. sorgfältig beibehalten und angewendet; und dabei ist auf eine folgerechte Weise die Lehre neu gestaltet und vereinfacht, wie nicht minder folgerecht der Grundsatz: daß es gleichgültig, ob dem Berechtigten unter dem Titel eines Erben oder eines Legatars das Seine zugewendet worden [1]), angenommen. In Folge des ersten Grundsatzes werden

---

*) Doch wird das zweite Prinzip nicht einstimmig anerkannt. S Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Bd. 35, S. 380.

1) II, 2, §§. 393—398. Ganz anders nach der Nov. 115, Kap. 3 u. 4; nach welcher noch in der Mark Brandenburg Notherben immer ausdrücklich zu Erben berufen werden müssen, widrigenfalls das Testament in Beziehung auf die Erbeseinsetzung ungültig ist und der nicht gehörig eingesetzte Notherbe sich nicht

als nothwendige Erben berufen nur die Deszendenten, die Aszendenten und der Ehegatte. Diesen Personen muß, wie nach R. R., ihre Portion **entweder** hinterlassen sein, gleichviel in welcher Form oder unter welchem Titel, **oder** auf gehörige Weise entzogen sein. Das Letztere, die Enterbung, kann nur in einem **förmlichen** Testamente geschehen und nicht anders wieder aufgehoben werden als durch Aufhebung des ganzen Testaments, oder durch besondere, hierauf gerichtete Erklärung, welche die Form einer divisio parentum inter liberos haben kann; bloße Versöhnung ist nicht hinreichend [2]). Das Recht eines vierten Pflichttheilsberechtigten, nämlich der Armenhäuser, beruhet auf einem andern Grunde. An das andere Prinzip schließen sich die Regeln von der Uebergehung (praeteritio).

II. Pflichttheilsberechtigte.

§. 857.

1. Deszendenten.

I. Deszendenten (gegen Frauen auch ihre unehelichen Kinder) erhalten, wenn nicht über Zwei sind, Ein Drittel; wenn Drei oder Vier sind, die Hälfte; wenn über Vier sind, zwei Drittel der Intestatportion. Dieser Pflichttheil muß, wie nach R. R., unbedingt, ohne alle Einschränkung und Belastung (sine gravamine) zugewendet werden [3]), doch mit einer Ausnahme. Wenn nämlich einem Kinde sein volles Erbtheil hinterlassen, dabei aber bestimmt ist, daß dasselbe für die Enkel erhalten werden soll (Fideikommiß): so muß das Kind sich Dieses gefallen lassen [4]). Auch darf auf den Pflichttheil sonst nichts angerechnet werden als: die dem Kinde gegebene Ausstattung; geschenkte Grundstücke, Gerechtigkeiten oder ausstehende Kapitalien; bezahlte Schulden des Kindes, zu deren Anerkennung der Erblasser für seine Person nicht ver-

---

mit einer Ergänzung des Pflichttheils zu begnügen braucht. Pr. 1656, vom 4. Decbr. 1845 (Entsch. XII, 419).

2) §§. 431, 414—416 das.

3) §§. 393—398 das. — L. 32, 36 pr. §. 1 C. de inoff. test. (III, 28).

4) §. 430 a. a. O.

pflichtet war[5]). Auch Gerade, Niftel und Heergeräthe dürfen nicht angerechnet werden[6]). II. Hat der Testator sich hiernach nicht gerichtet und das Kind nicht auf den vollen Pflichttheil eingesetzt oder ganz enterbt: so succedirt dasselbe contra tabulas auf die ihm gebührende Quote, wenn nicht von dem Erblasser ein gesetzlicher Grund für seine Verfügung angegeben ist (causa justa et adjecta), welchen der eingesetzte Erbe beweisen muß[7]). Dergleichen rechtmäßige Enterbungsursachen werden Neun angegeben, wovon keine analoge Anwendung gemacht werden darf[8]). Solche sind: 1. Hochverrath und Majestäts-Beleidigung; 2. Trachtung nach dem Leben eines der leiblichen oder Stiefeltern; 3. wissentlich falsche Anklage gegen Einen der leiblichen Eltern wegen eines Verbrechens, welches eine härtere als Geld- oder bürgerliche Gefängnißstrafe zur Folge hat; 4. Thätlichkeit gegen Einen der leiblichen Eltern, außer dem Falle der wirklichen Nothwehr; 5. grobe Schmähung der Ehre des Erblassers; 6. blutschänderischer oder ehebrecherischer Umgang mit dem andern Theile der leiblichen oder Stiefeltern; 7. beträchtliche Verminderung des Vermögens des Erblassers durch grobe Verbrechen des Kindes; 8. Versagung der Unterstützung des Erblassers, als Derselbe Noth litt; 9. eigene öffentliche Verunehrung des ehrbar erzogenen Kindes bei seinen Standesgenossen, durch grobe Laster, schändliche Aufführung, oder durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart[9]). Ist Eine dieser Ursachen angegeben und zu erweisen, so kann der Testator, nach Gefallen, das Kind ganz enterben, oder ihm weniger als den Pflichttheil in quanto nachlassen, oder den Pflichttheil belasten, beschränken oder an Bedingungen knüpfen[10]). Aus noch

---

5) §§. 393—395 das. Vergl. L. 25 pr. D. de inoff. testam. (V, 2); L. 35, §. 2, L. 29, 30, §. 2 D. eod. (III, 28).

6) §. 397 a. a. O. Der angegebene Grund, daß diese nicht von den Eltern, sondern nur durch die Eltern kommen, ist unrichtig, was schon Crelinger, Erbrecht, S. 205 gesagt hat.

7) §§. 432, 441, 422 das. — Nov. 115, cap. 3. Nach älterm R. R. mußten die Kinder beweisen, daß keine justa causa vorhanden gewesen. L. 28 C. de inoff. test. (II, 28).

8) §. 410 a. a. O. Ebenso nach Nov. 115, c. 3, wo 14 Ursachen aufgezählt sind.

9) §§. 399—409 a. a. O.

10) §§. 410, 411, 418 das. Der Erbe hat den Beweis zu führen, wenn der Enterbte das Testament angreift.

zwei andern Ursachen ist die Enterbung nur bis auf die Hälfte des Pflichttheils gestattet, nämlich: 10. wenn das Kind ohne von den Eltern ertheilte oder von dem Richter ergänzte Einwilligung geheirathet hat; 11. wenn das Kind die Einwilligung der Eltern in seine Heirath durch unehelichen Beischlaf hat erzwingen wollen[11]. III. Auch die gemeinrechtlich streitige Enterbung aus guter Absicht ist beibehalten und aus drei Gründen nachgelassen: 1. wenn das Kind so verschuldet ist, daß ihm von seinem Pflichttheile nicht sein Unterhalt übrig bleiben würde[12]; 2. wenn das Kind unordentlich und verschwenderisch wirthschaftet[13]; 3. wenn das Kind wegen Wahn- oder Blödsinns handlungsunfähig ist[14]. Aus Einer dieser Ursachen kann dem Kinde zwar der Pflichttheil nicht ganz entzogen, wohl aber die Verfügung unter Lebendigen darüber untersagt, in der Verfügung von Todeswegen aber nur zum Vortheile seiner Abkömmlinge oder Geschwister und deren Abkömmlinge eine Einschränkung gemacht, auch darf der Nießbrauch von dem Pflichttheile, soweit er zum nothdürftigen Unterhalte des Kindes erforderlich ist, durch die Gläubiger des Kindes nicht in Anspruch genommen werden[15]. IV. Was von Kindern, gilt auch von Enkeln und weitern Abkömmlingen, welche zur unmittelbaren Erbfolge berechtigt sind[16]. Bei der Berechnung des Pflichttheils für Enkel und weitere Abkömmlinge sind die in Betreff der Kinder getroffenen Bestimmungen in der Weise maßgebend, daß die Eltern und weitern Abkömmlinge, ohne Rücksicht auf ihre Zahl, niemals eine größere Quote als Pflichttheil in Anspruch nehmen können, als diejenige, welche ihrem verstorbenen Aszendenten, als einem Kinde des Erblassers, gebührt haben würde[16a].

---

11) §§. 412, 413; II, 1, §§. 996, 998, 1000. Vergl. o. §. 746, Note 26

12) §. 419 d. T. — Diese Ursache ist durch die Praxis eingeführt. Leyser, Med., sp. 358, m. 2; Stryck, Us. mod. XXVIII, 2, §. 9.

13) §. 420 a. a. O. — L. 16, §. 2 D. de curat. furioso (XXVII, 10).

14) §. 421 das. — L. 12, §. 2 D. de bonis libert. (XXXVIII, 2).

15) §§. 423—429 a. a. O.

16) §. 437 a. a. O., wo ausdrücklich gesagt ist, daß von der Enterbung der Enkel eben das gilt, was von Kindern verordnet ist. Von Enterbung kann aber nur bei solchen die Rede sein, welchen ein Pflichttheil gebührt. Ohne allen Grund hat man Enkeln den Pflichttheil bestreiten wollen. (Jahrb. Bd. XIII, S. 325 flg.) Man vergl. §§. 454, 455, 661 das.

16a) §. 392 d. T. — Pr. 2057, vom 30. Oktober 1848.

§. 858.

2. Aszendenten.

Aszendenten haben die Hälfte der Intestatportion als Pflichttheil zu fordern[17]). Dieser kann ihnen nur aus einer von nachbenannten sieben Ursachen geschmälert, eingeschränkt, belastet oder ganz entzogen werden: 1. Hochverrath oder Majestätsbeleidigung; 2. Trachtung nach dem Leben des Erblassers, des Ehegatten oder eines Abkömmlings desselben; 3. boshafte und dauernde Beschädigung der Gesundheit des Erblassers durch üble Behandlung; 4. falsche Anklage, wie bei Deszendenten (§. 857, II, 3); 5. ehebrecherischer Umgang mit dem Ehegatten des enterbenden Kindes während dessen Ehe; 6. gröbliche Pflichtverletzung bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung des Enterbenden; 7. vorsätzliche Vernachlässigung der Pflicht zur Ernährung des ohne grobes Verschulden in Mangel gerathenen Kindes, bei eigenen überflüssigen Mitteln. Auch diese Ursachen erleiden keine analoge Ausdehnung[18]). Die Enterbung aus guter Absicht findet hier gleichfalls und aus denselben Gründen wie bei Deszendenten statt[19]); wegen Beifügung und Beweises der Enterbungsursachen gilt das Gleiche wie vorher[20]).

§. 859.

3. Ehegatten.

Ehegatten haben die Hälfte der gemeinrechtlichen (§. 851) Erbportion als Pflichttheil zu fordern[21]). Wird unter ihnen nach

17) §§. 501 und 502 a. a. O.

18) §§. 506—514 a. a. O. — Nov. 115, cap. 4.

19) §. 515 das. — Nach Juristenrecht angenommen.

20) §. 516 das. — S. o. Note 7. — Nov. 115, c. 4; L. 28 C. de inoff. testam. (III, 28). Darnach mußte in diesem Enterbungsfalle schon nach altem R. der Bekl. die Ursache beweisen, was bei den Kindern anders war. Note 7.

21) II, 1, §. 631.

Provinzialgesetzen oder Statuten succedirt, so muß aus deren Bestimmungen entnommen werden: ob die dem Hinterbliebenen zustehende Portion ganz oder zum Theil die Natur einer Intestatportion oder eines Pflichttheils hat. Im Zweifel soll jedoch die Bestimmung so ausgelegt werden, daß der ganze Erbtheil Pflichttheil sei[22]. Handlungen, welche den Andern berechtigen würden auf Scheidung zu klagen, sind zugleich Enterbungsursachen[23]), doch sind wol nur solche zu verstehen, welche zur Zeit der Enterbung (Testamentserrichtung) noch nicht verjährt oder verziehen sind. Enterbung aus guter Absicht ist auch unter Eheleuten zulässig, indem von dem Pflichttheile derselben Alles, was von der Legitima überhaupt verordnet ist (§§. 857, 858), gelten soll[24]), und die für eine solche Enterbung sprechenden Gründe hier ebenso gut wie bei Deszendenten und Aszendenten zutreffen.

§. 860.

4. Armenanstalten.

Das den öffentlichen Armenanstalten zustehende Erbrecht (§. 854) ist wesentlich ein vertragsmäßiges[25]) und daher seinem ganzen Umfange nach unentziehbar[26]), mithin giebt es auch keine Enterbungsursachen dafür. Das den Privatverpflegern gegebene Erbrecht ist ein bloßes Intestaterbrecht ohne Beimischung eines Pflichttheils[27]).

---

22) §§. 496, 497 a. a. O. Diese Vorschrift steht nicht in Widerspruch mit den Grundsätzen des G. R. und ist daher nicht suspendirt. Pr. 1347, vom 9. Oktbr. 1843.

23) §§. 498, 499, 631 das.

24) §. 633 a. a. O. Auf diesen Pflichttheil finden nur die allgemeinen Vorschriften vom Pflichttheil überhaupt, welche die Einforderung, Belastung und Entziehung desselben, so wie die Anrechnungen darauf betreffen, Anwendung, nicht aber die Bestimmungen über die Folgen der Uebergehung eines Kindes oder Enkels des Erblassers in der letzten Willensverordnung. Pr. 944, v. 16. Novbr. 1840 (Entsch. VII, 1).

25) II, 19, §§. 61, 64, 65.

26) §. 75 a. a. O.

27) II, 3, §. 25; II, 2, §. 672. A. M. Witte, Intestaterbrecht, S. 157, doch ist kein Beweisgrund angegeben; denn der §. 75, II, 19 bezieht sich bloß auf öffentliche Anstalten.

§. 861.

III. Einsetzung und Enterbung.

Erbeseinsetzung der Pflichttheilsberechtigten ist nicht erforderlich, vielmehr genügt jede Zuwendung von Todeswegen zu deren Abfindung [1]. Weniger folgerecht als diese Abweichung von dem R. R. ist die Beibehaltung der Röm. Bestimmung, daß die Entziehung, Schmälerung und Belastung des Pflichttheils immer nur in der Form eines wirklichen, gewöhnlichen oder privilegirten, Testaments, nicht in der Form einer privilegirten Disposition der Eltern unter Kindern gültig geschehen kann [2]; sonst findet die Intestaterbfolge statt, indem die Verordnung als von Anfang nichtig behandelt wird. Ist die Form beobachtet, so kommt nichts darauf an: ob der Notherbe ohne Grund enterbt, oder in seinem Pflichttheile beschränkt oder stillschweigend übergangen ist: alle drei Fälle werden ganz gleich behandelt, indem der Notherbe nur seinen Pflichttheil oder dessen Ergänzung aus der Erbschaft von den sonst ungestört bleibenden Testamentserben und Legatarien fordern kann [3].

§. 862.

IV. Natur des Rechts und der Klage.

I. Die nicht näher bestimmte Rechtsform, in welcher der Pflichttheilsberechtigte hier succedirt, so wie Name und Charakter der Klage sind zweifelhaft; nach einer Meinung ist das Recht des Pflichttheilsberechtigten ein Forderungsrecht und die Klage eine persönliche, nach einer Andern ist es ein Erbrecht und die Klage die hereditatis petitio partiaria, oder auch anfänglich ein Forderungsrecht, welches durchgesetzt sich in ein Intestaterbrecht ver-

---

1) II, 2, §§. 396, 516; II, 1, §. 633. Vergl. o. die Note 1 zu §. 856.

2) II, 2, §. 431.

3) §§. 432, 433—435, 442 das. Eine beabsichtigte Abweichung von dem R. R. Anmerkung zum Entwurf des G. B. Th. I, Abth. 1, S. 211.

wandelt[4]). Der Ausdruck in den gesetzlichen Bestimmungen läßt den vielleicht nicht klar gewesenen Gedanken des Gesetzgebers ungewiß. Denn während das Landrecht selbst davon spricht, daß der Pflichttheil aus der Erbschaft verabfolgt werden, und daß der Erbe das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden soll[5]), schreibt der Anhang dem Pflichttheilsberechtigten, wenn der Pflichttheil nicht in einer Summe sondern in einer Quote besteht, ein Miteigenthum zu[6]). Das Richtige ist hiernach, die verschiedenen Fälle zu unterscheiden. 1. Ist der Pflichttheilsberechtigte bedacht und zwar mit einer Summe: so ist er Legatarius und sein Recht ist ein Forderungsrecht, auch wegen Dessen, was ihm zur Ergänzung seiner vollständigen Abfindung zukommt; ist er auf einen Theil des Ganzen berufen, so ist er in soweit Erbe und wegen Dessen, was er dadurch weniger erhält als ihm gebührt, hat er ein Forderungsrecht. In beiden Fällen ist die Klage die actio ad supplendam legitimam, welche auf die Erben übergeht. 2. Ist er aber ungebührlich enterbt, oder übergangen, oder zwar berufen, doch ohne daß ihm Etwas hinterlassen wird: so ist er Intestaterbe auf einen bestimmten Theil des Ganzen, folglich Miteigenthümer der Erbschaft, sein Klagerecht ist die hereditatis petitio partiaria und die familiae erciscundae. Daraus folgt, daß a) wenn der Enterbte innerhalb der Zeit, in welcher dieselbe noch geltend gemacht werden kann, stirbt, ohne sich mit dem Testamente zufrieden erklärt zu haben, sein Recht auf seine Erben transmittirt wird, b) wenn er aber für seine Person das Notherbrecht nicht gebrauchen zu wollen erklärt, eine successio graduum eintritt[7]). II. Zur Begründung der Klage ist die Antretung der Intestaterbfolge vor der Anbringung in keinem Falle erforderlich, gleichwie nach R. R. die Sui nicht anzutreten brauchten, um die Inoffiziositäts-Querel zu gebrauchen[8]). Sowohl die actio suppletoria als

---

4) So Gärtner, a. a. O. S. 437. Dagegen Mühlenbruch, Bd. 38, S. 52.

5) II, 2, §§. 433, 435.

6) Anh. §. 164 (zu II, 18, §. 574). Entsch. der Ges.-Commiss. vom 13. März 1798 (Stengel, Bd. VII, S. 279). Vergl. R. v. 18. April 1797, ad 2 (Stengel, Bd. V, S. 101; Rabe, Bd. IV, S. 97).

7) II, 2, §§. 352, 354, 355.

8) Andere Erben mußten vorher die Erbschaft ab intestato antreten. L. 6, §. 2, L. 7, 8 pr. D. de inoff. test. (V, 2); L. 2 C. eodem. (III, 28). — Den innern Grund s. o. S. 776, Note 7.

die Erbschaftsklage, d. i. nach den Grundsätzen des A. L. R. das Recht selbst, erlischt, und das Testament wird durchaus gültig: 1. wenn der Verletzte das Testament ausdrücklich anerkennt [9]), wofür jedoch in dieser Beziehung die bloße Annahme eines ihm darin ausgesetzten Vermächtnisses nicht erachtet wird [10]); 2. durch eine zweijährige Verjährung von der Zeit der erlangten Kenntniß von der Verfügung [11]). III. Wird die Klage mit Erfolg gebraucht, so ist die Folge davon bloß, daß dem Verletzten, soviel sein Pflichttheil beträgt oder daran fehlt, „aus der Erbschaft verabfolgt," oder die darauf gelegte Last oder Einschränkung aufgehoben werden muß; in allen andern Stücken bleibt das Testament bei Kräften [12]). Ist der dem Verletzten entzogene Theil einem Miterben oder Vermächtnißnehmer zugewendet, so hat Dieser den Verletzten abzufinden; sonst müssen dazu sämmtliche Erben und Legatarien verhältnißmäßig beitragen [13]). Darnach bestimmt sich auch die Person des Beklagten. Zur Berechnung des Pflichttheils müssen die Miterben Alles einwerfen, was sie ab intestato zu konferiren schuldig sein würden, weil der Pflichttheil ein Theil Desjenigen ist, was der Berechtigte erhalten haben würde, wenn die gesetzliche Erbfolge stattgefunden hätte [14]). Deshalb werden auch rechtmäßig enterbte und solche Kinder, welche ihrem Erbrechte durch Vertrag entsagt haben, bei Berechnung des Pflichttheils der Uebrigen mitgezählt [15]). Besteht die Abfindung in einer Summe (Forderungsrecht), so kann der Berechtigte, Behufs Bestimmung derselben, nicht den öffentlichen Verkauf der Nachlaßgegenstände verlangen,

---

9) §. 438 das. — I, 12, §. 612.

10) II, 2, §. 439. Anders nach L. 14 pr., L. 10, §. 3 u. L. 3, §. 16 D. de bonor. possess. contra tabul. (XXXVII, 4); L. 12 pr. §. 1 D. de inoff. test. (V, 2); L. 8, §. 1 C. eod. (III, 28). Auch nach I, 12, §. 612 gilt in anderer Beziehung die unbedingte Annahme eines Legats für ein Anerkenntniß des Testaments.

11) II, 2, §. 440. Die Erlöschung der Ansprüche des enterbten Kindes binnen zweier Jahre bezieht sich nicht auf den Fall, wenn eine bloße, durch das Testament für sich allein nicht ersichtliche Schmälerung der Legitima behauptet wird. Pr. 251, vom 29. Mai 1837.

12) §§. 433, 436 das. Vergl. o. Note 1 zu §. 856.

13) §§. 434, 435 a. a. O.

14) §. 392 a. a. O. Gilt auch in Beziehung auf Enkel (s. o. §. 857 a. E.) und in Beziehung auf Ehegatten. Pr. 944, vom 16. November 1840 (Entsch. VII, 1).

15) §. 417, 488 das. Ueber die Berechnung s. Schweikart, in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 557 flg.

sondern er muß mit der Ausmittelung nach der Taxe zufrieden sein; gebührt ihm aber eine Quote, so hat er die Rechte eines Miterben bei der Theilung [16]). In jedem Falle muß der Pflichttheilsberechtigte zu den später noch zum Vorschein kommenden Schulden verhältnißmäßig beitragen; im zweiten Falle kann er auch von den Gläubigern belangt werden.

§. 863.

V. Uebergehung aus Irrthum.

An das zweite Prinzip in Beziehung auf die Uebergehung schließen sich folgende Regeln an: I. Der Grundsatz bezieht sich überhaupt nur auf Kinder, folglich finden die damit in Verbindung stehenden Regeln so wenig auf Ehegatten [1]) wie auf Aszendenten Anwendung, vielmehr haben diese Notherben immer nur den Pflichttheil zu fordern [2]). II. Der Fall, daß ein Deszendent aus Irrthum übergangen wird, kann dreifach verschieden vorkommen. 1. Der zur unmittelbaren Erbfolge berechtigte Abkömmling kann schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein. Wird vollständig erwiesen („wenn erhellet"), daß darüber der Testirer im Irrthume gewesen, indem er das Dasein nicht gewußt oder die Person für todt gehalten: so hat der Uebergangene ein jus accrescendi, wie nach älterm R. R. die übergangenen Kinder und Enkel außer dem Sohne in väterlicher Gewalt überhaupt, auch ohne jenen Nachweis des Irrthums, der vermuthet wurde, hatten [3]), d. h. er tritt den eingesetzten Erben von selbst hinzu (scriptis heredibus accrescit), und zwar wenn Dieselben gleich bedacht sind, in partem virilem, sonst auf soviel wie der am wenigsten Begünstigte erhält, aber in keinem Falle auf weni-

---

16) Anh. z. A. L. R. §. 164 (zu II, 18, §. 574). Vergl. die Reskripte v. 8. Januar und 26. Februar 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 284, 289).

1) S. darüber den Rechtsfall in den Entsch. des O. Tr. Bd. VII, S. 1.

2) II, 2, §. 518. S. o. §. 833.

3) Ulpian, Fragmenta, XXII, §§. 16, 17; Gajus, II, §§. 123, 124; Pr. J. de exheredat. liber. (II, 13). Aufgehoben durch die L. 4 C. de lib. praeter. (VI, 26).

ger als sein Pflichttheil beträgt[4]). Der Hinzugetretene muß folgerecht als Testamentserbe gelten und die Auflagen des Erblassers mittragen, indem das Testament sonst in allen Stücken bei Kräften bleibt[5]); doch steht damit die Bestimmung, daß auch die Legatarien zu der „Abfindung" beitragen sollen[6]), in dem Falle, wo der Hinzugetretene mehr als seinen Pflichttheil erhält, nicht in Einklang. 2. Der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesene Irrthum ist nachher wieder aufgehoben. Dann wird unterschieden. Stirbt der Testator innerhalb des ersten Jahres nach gehobenem Irrthume, so tritt der Uebergangene, wie in dem vorigen Falle, den eingesetzten Erben hinzu; lebt der Testator länger, so ist das Testament rumpirt[7]), vorausgesetzt, daß der Uebergangene den Erbanfall erlebt. In diesem Falle ist die gesetzliche Erbfolge eröffnet, es bedarf keiner Klage zur Beseitigung des Testaments, indem, wenn der Testamentserbe klagend oder einwandsweise sich darauf berufen wollte, excipiendo oder replicando die Ruption bewiesen wird, und daraus folgt von selbst, daß hier nicht die Regeln und die Verjährung der Pflichttheilsklage Anwendung finden, wie denn in den Fällen der irrthümlichen Uebergehung überhaupt nicht von einem Pflichttheile Rede ist. 3. Der Uebergangene ist erst nach der Testamentserrichtung hinzugekommen (posthumus)[8]). Hier wird so unterschieden wie in dem vorigen Falle[9]), doch mit zwei Modifikationen: a) wenn die Agnation sich auf Adoption gründet, so ist das Testament sogleich mit der Bestätigung des Adoptionsvertrages rumpirt[10]); durch die

---

4) §§. 444—448 a. a. O. Wie nach L. 3 C. de inoff. test. (III, 28) für Posthumi bestimmt ist. Ueber die zweifelhafte Berechnungsart s. o. §. 819, Note 28.

5) §. 449 a. a. O.

6) §. 447 das. In diesem Punkte ist das A. L. R. wieder unklar.

7) §§. 450, 451 a. a. O. Der dabei zu Grunde liegende Gedanke ist mir unbekannt. Vermuthlich hat man dabei an die L. 3 C. de inoff. test. gedacht, wo Lieblosigkeit angenommen und die querela inoff. test. gegeben wird, wenn das Testament, im Falle ein Posthumus dazu kommt, nicht mehr geändert worden ist, obwohl es doch noch hätte geändert werden können. Das paßt nicht zu den landrechtlichen Grundansichten. Vergl. m. Beurtheilung der ersten zehn Bde. der Entsch. des Ober-Trib. S. 463 ff.

8) Posthumi heißen nicht bloß die post mortem parentis, sondern auch die post testamentum agnati. L. 3, §. 1 D. de injusto rupto (XXVIII, 3).

9) §§. 454—456 a. a. O.

10) §. 456 das. Der Zeitpunkt ist die Insinuation der Bestätigung.

Aufhebung der Adoption wird es wieder hergestellt [11]; b) wenn das Hinzutreten des Notherben sich darauf gründet, daß ein dazwischen stehendes Kind stirbt, also der oder die Enkel unmittelbare Erben des Testators werden: so tritt gar keine Veränderung hinsichtlich des Testaments ein, weil die übergangenen Enkel von selbst ganz an die Stelle des verstorbenen Kindes des Testators treten [12]).

Zweiter Abschnitt.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Erstes Kapitel.

Von der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft.

A. L. R. I, 9, §§. 350—499. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Bd. 42, S. 289 flg., und Bd. 43, S. 1—367. — Westphal, system. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig, 1794.

I. Bei einer Universal-Succession.

§. 864.

1. Das Allgemeine.

I. Die Erwerbung, d. i. die Rechtsbegebenheit, wodurch eine angefallene Erbschaft (delata hereditas) ein Theil des eigenen Vermögens des Erben wird, ist nicht, wie im R. R., nach der Delation der Erbschaft verschieden, sondern immer dieselbe: sie geschieht in allen Fällen von selbst (ipso jure), ohne alle Erklärung oder Handlung, selbst ohne Wissen des Erben, und fällt mit der Delation auf denselben Zeitpunkt zusammen [1]), wenn nicht die

---

11) §. 715 a. a. O.

12) §. 443 a. a. O. Dies ist die s. g. transmissio Theodosiana. L. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. (VI, 52).

1) I, 9, §. 368. Der Grundsatz galt zwar auch im R. R. bei den Zwangs-

Delation eine bedingte ist [1a]). Mit diesem deutschrechtlichen Grundsatze ist der Röm. Grundsatz von der Einheit der Person des Erben und des Erblassers in dem Sinne, daß der Erbe den Erblasser auch in dem Verhältnisse der Gläubiger zu ihm vorstelle, unvereinbar; vielmehr war der Erbe gegen die schädlichen Folgen, welche die deutschrechtliche Erbschaftserwerbung mit der Röm. Personeneinheit unabwendbar haben würde, durch einen andern Grundsatz des alten Rechts völlig gesichert, durch den nämlich: daß der Erbe nicht mit seinem Vermögen, selbst nicht einmal unbedingt mit dem Ererbten, für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftete. In der Regel brauchte er nur mit der ererbten fahrenden Habe einzustehen [2]), und auch davon waren wol noch das Heergeräthe und die Gerade ausgenommen [3]). Dieser Grundsatz hat sich in manchen Partikularrechten wenigstens insofern erhalten, als der Erbe, ganz abgesehen von dem Röm. beneficium inventarii, nicht mit eigenem Vermögen für die Schulden des Erblassers haftet und sich durch eidlich zu bestärkende Spezifikation der Verlassenschaft und der schon bezahlten Schulden, zu jeder Zeit, von dem Anspruche eines Erbschaftsgläubigers freimachen kann [4]). Anstatt dessen ist von den Verfassern des A. L. R. der Röm. Grundsatz von der Personeneinheit und von der Befugniß, die Erbschaft zurückzuweisen, mit jenem deutschrechtlichen Grundsatze über die Erwerbung in Verbindung gebracht worden [5]). Damit war zugleich die Nothwendigkeit eines Kennzeichens dafür: ob der Erbe die Erbschaft behalten habe oder nicht, gegeben. Hieraus erklärt sich, daß von einer zu dem Grundsatze gar nicht passenden Antretung der Erbschaft die Rede ist; folgerichtig wäre es hinreichend

---

erben (heredes necessarii) §. 1, 2 J. de heredum qualitate (II, 19); L. 12 D. qui test. fac. poss. (XXVIII, 1); L 15 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 26, §. 1 D de hered instit. (XXVIII, 5); Gajus, II, §§. 152, 153, 156, 157. Doch hängt damit der landrechtliche Grundsatz nicht zusammen. S. o. §. 811, Note 5, und §. 812, Note 7.

1a) I, 12, §§. 478—480. Dann nimmt der bedingt Berufene die Stellung eines Fideikommissarius ein.

2) Sächs. Landrecht, B. I, Art. 6.

3) Ebend. B. I, Art. 22–24, 27; B. II, Art. 15; B. III, Art. 38, 76.

4) Z. B. nach Sächs. R. Haubold, Sächs. Priv. R. §. 348 flg. — Carpzow, Jurisprud. I, c. VIII, d. 8.

5) I, 9, §. 383. Auch auf den Fiskus ist das Prinzip anwendbar. Pr. 1025, vom 26. Juni 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 155).

gewesen, bloß Bestimmungen über die Aufgebung der Erbschaft (Abstention) und über die Erwerbung oder Erhaltung des beneficii inventarii zu treffen. II. Die Antretung der Erbschaft geschieht: 1. durch wörtliche Erklärung vor dem Erbschaftsrichter[6]; 2. durch Einmischung (immixtio, nicht eigentliche pro herede gestio)[7]; 3. durch bloßes Stillschweigen bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist[8]. Diese beträgt in der Regel Sechs Wochen vom Tage der erlangten Wissenschaft, bei einer Entfernung des Erben über vierzig Meilen von dem letzten Wohnorte des Erblassers aber Drei Monate[9]. Für einen Pflegebefohlenen beginnt die Frist erst mit dem Tage, an welchem der demselben bestellte Vormund von dem Anfalle der Erbschaft an den Erben Kenntniß erhalten hat[10]. Der Anfang dieser Frist ist daher für den Testamentserben der Tag der Publikation oder, für den dabei nicht gegenwärtigen Erben, der Tag der Zustellung des Testaments; für den zunächst berufenen Intestaterben, so wie für den nothwendigen Erben, der Tag, an welchem ihm der Tod des Erblassers bekannt geworden. Treffen bei dem nothwendigen Erben zwei Anfallsgründe zusammen, d. h. wird derselbe zugleich durch Testament gerufen, so müßte, weil die gesetzlich nothwendige Erbfolge — wenn auch nicht auf das Ganze — der testamentarischen vorgeht, die Frist doch vom Tage des ihm bekannt gewordenen Todes des Erblassers anfangen, denn für ihn ist nicht das Testament sondern das absolute Gesetz der Anfallsgrund, er weiß also, daß er Erbe geworden, sobald er den Tod des Erblassers erfahren hat. (§. 812.) Eine unwissenschaftliche Praxis nimmt jedoch das Gegentheil an[11]. III. Wem die Erbschaft nicht ansteht, der kann

---

6) I, 9, §§. 392, 393, 413.

7) §. 420 a. a. O. Unaufschiebbare Handlungen zum Besten des Nachlasses gelten dafür noch nicht. §. 388 das.

8) §. 421 das. Buchholz, über den Einfluß der Zeit auf Antretung und Ausschlagung des Erben, in Linde's Zeitschr. Bd. X, S. 386.

9) §§. 384, 385 d. T. Vergl. u. Note 15.

10) Pr. 1893, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 470).

11) Pl. Beschl. (Pr. 2264) des Otr. v. 6. Januar 1851 (J. M. Bl. S. 51 u. Entsch. XX, 10). Die Entscheidungsgründe sind nicht rechtswissenschaftlich; von den vorhandenen verschiedenen Anfallsgründen (s. o §. 812) kommt darin nichts vor, man kennt nur zwei davon, der dritte wird ignorirt. Die Minorität beruft sich auf ihn, doch nicht in so prägnanter Weise, daß es die Majorität — wenigstens nach den protokollirten Gründen — aufgefaßt und widerlegt hätte.

davon abstehen. Das A. L. R. nennt die Abstehung von der Erbschaft **Entsagung**. Sie muß **schriftlich**[12]) und vor dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist geschehen[13]); und ist unwiderruflich[14]). IV. Macht der zunächst Berufene von seiner abstinendi potestas Gebrauch, so ist die Bedingung eingetreten, unter welcher der Nächste nach ihm die Erbschaft ebenfalls erworben hat (§. 847). Ihm kommt von der Zeit, wo er von der Entsagung des Vorgehenden durch den Erbschaftsrichter[15]) Nachricht erhalten hat, dieselbe Ueberlegungsfrist zu Statten wie dem Ersten; und wenn er innerhalb derselben absteht, so kommt die Reihe an den Folgenden[16]). Wollte er zum Vortheile eines Andern oder auch Eines von mehreren Gleichberufenen entsagen, so würde, wenn er Diesem wirklich die Erbschaft übertrüge, darin eine Verfügung über dieselbe, also eine Antretung, liegen; die Entsagung selbst wird dadurch, den Gläubigern des Entsagenden gegenüber, nicht unkräftig[17]).

§. 865.

2. Bedingungen der möglichen Antretung oder Entsagung.

Die Voraussetzungen einer Erbschaftsantretung oder Entsagung sind: 1. Die Erbschaft muß bereits angefallen sein, außerdem ist die Erklärung nichtig[1]). 2. Der Erklärende muß geschäftsfähig sein[2]). Für Pflegebefohlene muß der Vormund oder der Kurator die Erklärung geben, und wenn die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums angenommen oder,

---

12) §§. 398—400 d. T.

13) §. 412 das. Nicht bloß dem Erbschaftsgläubiger, sondern auch dem Miterben gegenüber, kann derjenige Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen, oder sich innerhalb der gesetzmäßigen Frist gar nicht erklärt hat, der Erbschaft nicht mehr entsagen. Pr. 1583, vom 28. Juni 1845. — Einem Dritten gegenüber darf der Erbe sich auf eine verspätete Entsagung überhaupt nicht berufen, ohne daß der Dritte zu beweisen hätte, daß ihn durch die verspätete Entsagung ein materieller Schade treffe. Pr. 1894, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 470). — §. 5 J. de hered. qualit. (II, 19); L. 11, 12, 57 pr. D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 4 C. de repud. hered. (VI, 31).

14) §. 411 d. T. Ein Irrthum des Entsagenden über die Größe der Erbschaft macht dessen Entsagung nicht ungültig. Pr. 752, vom 9. Novbr. 1839.

15) §§. 407, 408 d. T. Auf seine Privatwissenschaft kommt nichts an. Pr. 1704, vom 21. Februar 1847 (Entsch. XIII, 140).

16) §§. 406—409 d. T.

17) Pr. des Otr. v. 15. März 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 121).

1) §. 383 d. T. — L. 21, §. 2; L. 3, 27 D. de acquirenda hereditate (XXIX, 2); L. 13 pr., §. 1, 2 D. eodem. Die Ausnahme s. o. §. 842.

2) §§. 389, 392 a. a. O.

wenn sie ausgeschlagen werden soll, ist zur Gültigkeit der Erklärung die obervormundschaftliche Autorisation oder Approbation erforderlich [3]). Ist der Erbe in Konkurs verfallen, so muß der Kurator sich erklären und dessen Erklärung von dem Konkursgerichte genehmigt werden [4]). Der Vormund eines Abwesenden ist zwar wesentlich ein bloßer Güterpfleger [5]), gilt aber nach Pr. R. für einen Vormund (§. 791, Nr. 5). Minderjährige Kinder unter väterlicher Gewalt werden ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts hierbei vertreten (§. 775). Volljährige Kinder haben sich unter Beitritt des Vaters selbst zu erklären; sind Beide verschiedener Meinung, so kann das Kind die Erbschaft behalten und der Vater in seinem Interesse entsagen, wovon die Folge ist, daß das Kind auch den Nießbrauch erhält, aber für seine Person den Gläubigern nicht verhaftet wird. Fallen die Erklärungen umgekehrt aus, so schadet die Entsagung des Kindes dem Nießbrauche des Vaters nicht, aber wenn der Nießbrauch aufhört, fällt die Erbschaft an den Nächsten nach dem Entsagenden [6]). Von Ehefrauen gilt, rücksichtlich des Ehemannes, das Gleiche (§§. 749, 750). 3. Die Antretung und Entsagung muß immer auf das Ganze (in solidum) gehen, und außer dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventariums unbedingt und auch ohne Zeitbestimmung sein, sonst wird die ganze Erklärung für nicht geschehen erachtet [7]). 4. Nur die wirklich angefallene Erbschaft kann man behalten (antreten) zu wollen erklären; man kann also außer dem

---

3) §. 390 das. — II, 18, §§. 643, 644; und Anh. §. 165.

4) I, 9, §. 391. — A. G. O. I, 50, §§. 76—78.

5) Daher waren Zweifel darüber: welcher Richter diesen „Kurator“ anzustellen hätte. Anh. z. A. L. R. (I, 9, §. 468) §. 10. — Der gemeinrechtliche Zweifel: ob ein solcher Kurator auch Erbschaften für den Abwesenden antreten könne (Heise und Cropp, jur. Abhandl. Bd. II, S. 171 flg.), ist durch den §. 390 a. a. O. entschieden. Dadurch wird jedoch der curator absentis noch immer kein Vormund, der den Willen des Abwesenden zu vertreten oder zu ergänzen hätte. S. o. §. 691, I, 4.

6) II, 2, §. 125; I, 21, §§. 23 flg. — L. 8 pr., §. 1, 3 C. de bonis quae liberis (VI, 61). Eine Anwendung dieser Grundsätze ist A. G. O. I, 1, §§. 13, 14.

7) I, 9, §§. 394—396. — L. 1, 2, 10, 80 pr. §. 1, L. 51, §. 2 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 77 D. de reg. jur. (L. 17); L. 20 C. de jure deliber. (VI, 30). — Wenn einer Erbschaft unter Bedingungen entsagt worden ist, so wird die Entsagung selbst, und nicht bloß die beigefügte Bedingung für nicht geschehen erachtet. Die unter Bedingung geschehene Entsagung erlangt dadurch keine Gültigkeit, daß sie zu Gunsten eines Miterben erfolgt ist. Pr. 1212, vom 1. Novbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 244).

Falle, wo gegen den Willen des Erblassers succedirt wird (§. 856 flg.), eine testamentarische oder vertragsmäßige Erbschaft nicht ausschlagen, um ab intestato zu succediren [8]).

§. 866.

3. Wirkungen des Erwerbs.

I. So lange der Erbe sich noch nicht erklärt hat und die Ueberlegungsfrist noch nicht abgelaufen ist, hat er gegen die Gläubiger keine Verbindlichkeit; er braucht auf deren Forderungen sich nicht einzulassen, noch die unbeendigt gebliebenen Prozesse, die so lange ruhen müssen, fortzusetzen [1]); es steht ihm aber frei, einstweilige Verwaltungsmaßregeln zu treffen, ohne besorgen zu müssen, daß er sich dadurch immiszire, weil dazu Verfügungen in der Absicht, sich als wirklicher Erbe die Erbschaft anzueignen, gehören [2]); ebenso sind den Gläubigern einstweilige Sicherungsmaßregeln durch Versiegelung des Nachlasses, unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags, gestattet [3]). II. Nimmt kein Verwandter die Erbschaft an, so erfolgt auf Antrag der Gläubiger die Beschlagnahme derselben (missio in possessionem rei servandae causa) und die Konkurseröffnung [4]). III. Die Annahme der Erbschaft kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehen. Die Annahme ohne Vorbehalt erfordert

---

8) I, 9, §§. 401–405; I, 12, §. 642; II, 1, §§. 490, 491.

1) I, 9, §. 386. — L. 4 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (XLI, 5); L. 23, §§. 1—4 D. de hered. instit. (XXVIII, 5). Stirbt eine Partei kurz vor, oder bald nach Insinuation des Erkenntnisses erster oder zweiter Instanz, so läuft die ihren Erben zustehende Deliberationsfrist neben, d. h. gleichzeitig mit den, in den §§. 21 und 22 der V. vom 14. Decbr. 1833, Art. 13 der Deklar. vom 6. April 1839, und §§. 17 u. 27 der V. vom 21. Juli 1846 über die Anmeldung und Einführung der Rechtsmittel festgesetzten Fristen, insofern jene Frist gemäß §. 383 ff. d. T. nicht erst nach deren Ablauf beginnt. Pr. 1964, vom 25. Januar 1848.

2) §§. 388, 420 a. a. O. Ebenso nach L. 5, §. 1, L. 6, L. 7, §. 3 D. de jure deliberandi (XXVIII, 8).

3) §§. 387, 437 das. — Vergl. L. 5 pr. D. eodem. — Anh. z. A. G. O. §. 382.

4) §. 410 a. a. O.; Anh. §. 9. — A. G. O. I, 50, §. 8 und Anh. dazu §. 317. — L. 8, 9 D. quibus ex causis in poss. (XLII, 4); L. 5, 6 C. de bonis auct. jud. possid. (VII, 72).

eine mit Worten ausgedrückte Erklärung, worin die bestimmte Entsagung der Rechtswohlthat enthalten sein muß, ohne daß gerade diese Worte zu gebrauchen nothwendig wäre. Die Erklärung muß schriftlich sein und entweder vor dem Erbschaftsrichter abgegeben oder bei ihm mittelst einer Vorstellung eingereicht werden. Die Unterschrift soll zwar gerichtlich oder von einem Rechtsanwalte beglaubigt sein, doch gehört solches nicht zur Gültigkeit der Erklärung, sondern dient bloß zur Beglaubigung [5]). Sie kann bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist und, wenn der Erbe noch nicht über die Substanz der Erbschaft verfügt hat, wieder, jedoch nur gerichtlich, zurückgenommen werden [6]). Wer die Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, kann darüber frei verfügen, haftet aber für alle Schulden des Erblassers sowie für die Legate solidarisch [7]), und hat nicht nöthig ein Inventarium zu errichten. IV. Wer mit Vorbehalt der Rechtswohlthat annimmt, was sowohl durch ausdrückliche formlose Erklärung als durch stillschweigende Antretung mittelst Einmischung oder Ablauf der Ueberlegungsfrist geschieht [8]), haftet für die Schulden nur soweit das Vermögen der Erbschaft hinreicht [9]). Diese Rechtswohlthat ist durch die Niederlegung eines gehörigen Inventariums, innerhalb der bestimmten Frist, bei dem Erbschaftsrichter [10]), bedingt, dergestalt daß, wenn das Inventarium gar nicht, oder nicht bis zum Ablaufe der Zeit eingereicht [10a]) ist, oder nicht die gehörige (V, 1) Form hat, die Rechtswohlthat ipso jure verloren ist und der Erbe für einen solchen ohne Vorbehalt gilt [11]). Dagegen ist auch der

---

5) I, 9, §§. 414, 415, 398, 399. — Schles. Archiv, Bd. V, S. 336.

6) §§. 416, 417 a. a. O.

7) §§. 418, 419 das. — L. 22 C. de jure deliberandi (VI, 30); §. 6 J. de hered. qual. (II, 19). Pr. 1170, vom 8. August 1842.

8) §§. 420, 421 a. a. O.

9) §. 422 das. — L. 22, §. 4 sqq. C. de jure deliberandi.

10) A. M. ist ein Min.-Erlaß vom 18. Mai 1816 (Jahrb. Bd. VII, S. 182).

10a) Hat der Erbe innerhalb der im §. 424 vorgeschriebenen Frist den Antrag auf gerichtliche Aufnahme des Inventars gestellt, so wird durch diesen Antrag, ohne Rücksicht darauf, ob und wann das Gericht demselben wirklich genügt hat, die Benefizial-Erbenqualität gewahrt. Pr. 1809, vom 23. Novbr. 1846.

11) §§. 423, 427 a. a. O. Vergl. das vorhin genannte R. und das R. vom 23. Dezbr. 1839 (J. M. Bl. 1840, S. 5 und 8); Suarez, Schlußvorträge in Jahrb. Bd. XLI, S. 12 und 26—27. Auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventars für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig und ohne Rücksicht auf die

Einwand, daß der Erblasser kein Aktivvermögen nachgelassen habe, nicht statthaft[12]). Eine Ausnahme gilt zu Gunsten der Pflegebefohlenen; deren Vormünder und Kuratoren versäumen die Rechtswohlthat nicht[12a]). V. Die Erfordernisse zur Erfüllung dieser Bedingung sind: 1. Das Inventarium muß ein vollständiges sein. Darunter wird nicht ein nach der für gerichtliche Inventarien vorgeschriebenen Form verfaßtes[13]), sondern ein solches verstanden, aus welchem zu ersehen: welche Vermögensstücke zur Erbschaft gehören, welchen Werth sie haben, und welche Ansprüche an die Erbschaft gemacht werden[14]). Es ist dann Sache der Gläubiger, die Unvollständigkeit nachzuweisen, und wenn sich daraus eine wissentliche Unterschlagung ergiebt, muß das Benefizium wegfallen, weil die Bedingung nicht erfüllt ist[15]). Das Inventarium kann, wenn nicht die Gläubiger dazwischen kommen (Note 3), gericht-

---

Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden. Pr. 1170, vom 8. August 1842, u. Pr. v. 26. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 124). — Das bezieht sich aber nur auf das Verhältniß der Erben zu Fremden (Dritten). Einer von mehreren Miterben kann daher in einem solchen Fall der Versäumniß, wegen eines ihm vermachten Prälegats (I, 12, §. 262) gegen seine Miterben den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen und die unbedingte Verurtheilung derselben in Zahlung des Prälegats, auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus, nicht verlangen. Pr. 1394, vom 18. Dezbr. 1843. Hat nur bei unwissenschaftlicher Auffassung in Frage kommen können.

12) Pr. 242, vom 7. März 1837 (Entsch. Bd. I, S. 304). — Das Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern hat, nach den Grundsätzen des A. L. R., das gerade Gegentheil mittelst Plenarbeschlusses vom 31. Dezbr. 1844 angenommen. Schles. Archiv, Bd. VI, S. 173. Dieser Beschluß beruhet darauf, daß nach dem A. L. R. zum Begriffe einer Erbschaft das Vorhandensein eines positiven Faktors gehöre, folglich Schulden ohne Sachen und Rechte eine Erbschaft nicht bilden. Das ist entschieden unrichtig. Das A. L. R. hat den Begriff einer Erbschaft nicht neu bestimmt. Nach dem bis dahin angenommenen und unverändert gebliebenen Begriffe von Erbschaft ist dieselbe ein Rechtsbegriff (juris nomen) und besteht auch ohne einzelne Rechtsgegenstände. L. 50 pr. D. de hered. petit. (V, 3): „Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet." Nicht mit Unrecht ist die Bestimmung an sich hart gefunden (Min. Bl. 1840, S. 3 ff.); das liegt aber nicht in dem an sich ganz richtigen Satze, sondern darin, daß man das beneficium inventarii aus dem R. R. mit dem deutschen Grundsatze über die Erwerbung der Erbschaft verbunden hat, was nicht paßt.

12a) I, 9, §§. 430, 431. Nach erreichter Großjährigkeit treten, in Betreff der Pflicht zur Einreichung eines Inventars und der Folgen der Versäumniß der hierzu gesetzlich bestimmten Frist für den gewesenen Kuranden, die sonst bestehenden Vorschriften §§. 423 ff. d. T. ein. Pr. 1930, vom 8. Novbr. 1847.

13) A. G. O. II, 5, zu §. 56. Auch die gerichtlichen Inventarien sind darum noch nicht ungültig, weil die Form nicht völlig beobachtet worden. S. den angezogenen §. 56.

14) I, 9, §§. 434, 435, 439. Plenarbeschluß des Ober-Trib. (Pr. 1546) v. 28. Febr. 1845 (Entsch. Bd. X, S. 373, und J. Min. Bl. 1845, S. 103).

15) Nach L. 22 C. de jure deliberandi sollte der Erbe das Doppelte prästiren.

lich oder außergerichtlich aufgenommen, versiegelt oder offen dem Gerichte übergeben werden[16]). Dieses zum Ausweis gegen die Gläubiger dienende Inventarium wird nicht ersetzt durch ein solches, welches zum Zwecke der Bestimmung der Stempelsteuer-Abgabe, von der dazu berufenen Behörde, eingefordert oder im Zwangswege aufgenommen wird. Sonst aber kommt das von Einem Erben eingereichte Inventarium allen Uebrigen zu Statten Die Gläubiger und Legatarien haben die Befugniß, das Inventarium anzufechten, und der Erbe oder Erbschaftsbesitzer muß nicht allein jeden geforderten Aufschluß darüber geben, sondern auch, wenn es ein Privatinventarium ist, immer, und wenn es ein gerichtliches ist, alsdann, wenn die Siegelung gar nicht oder später als 24 Stunden nach dem Tode des Erblassers nachgesucht worden ist, dasselbe eidlich bestärken[17]). 2. Die Zeit muß inne gehalten werden. Sechs Monate nach dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist[18]) machen die Regel; der Richter darf jedoch aus erheblichen Ursachen, nach seinem Ermessen, die Frist sowohl auf Ansuchen des Erben verhältnißmäßig verlängern, als auf Antrag auch nur Eines Erbschaftsgläubigers oder Legatars verkürzen[19]). VI. Die Wirkungen der Erwerbung unter Vorbehalt der Rechtswohlthat sind: 1. Der Erbe erlangt nur ein eingeschränktes Eigenthum des Nachlasses, es wird aber die Einschränkung nicht mehr, wie früher vorgeschrieben war, von Amtswegen auf die Grundstücke im Grundbuche eingeschrieben[20]), und die Veräußerungen sind auch nicht ungültig oder Seitens der Gläubiger widerruflich[21]). Diese Einschränkung ist dem R. R. fremd und beruhet auf der Ansicht der Neuern, daß beide Vermögen, im Falle des Antritts mit Vorbe-

---

16) I, 9, §§. 423, 436. Wo das Inventarium bei dem Gerichte verwahrt wird, ob bei den Akten oder im Depositorio, ist gleichgültig.

17) §§. 440—442 a. a. O.

18) Diese kann bei einer testamentarischen Folge nicht vor Publikation des Testaments beginnen (I, 12, §. 442), wenn auch der Testamentserbe nächster Intestaterbe gewesen sein würde. Denn er ist nicht Intestaterbe geworden, folglich kann er als ein solcher nicht beurtheilt werden. Simon's Rechtssprüche, Bd. II, S. 54. — Vergl. o. die Note 10a.

19) I, 9, §§. 424—426.

20) §. 443 a. a. O. Die §§. 447—451 das. sind durch die V. vom 28. März 1840 (G. S. S. 103) aufgehoben.

21) §. 446 a. a. O. Ueberhaupt haben wegen ungerechtfertigter Verfügungen des Erben nur die einzelnen benachtheiligten Gläubiger einen Anspruch gegen den Beneficialerben. Vergl. Pr. 609, vom 4. Februar 1839.

halt, getrennt blieben. 2. Der Erbe muß den Erbschaftsgläubigern, wenn er von der Rechtswohlthat gegen sie Gebrauch machen will, wie ein Verwalter fremder Güter, Rechnung legen und haftet bei der Verwaltung für ein grobes und mäßiges Versehen[22]; er ist deshalb aber doch Geschäftsherr und haftet aus der Verwaltung persönlich[23]. 3. Er muß die Erbschaftsgläubiger nicht, wie sie sich melden[24], sondern nach ihrer gesetzlichen Rangordnung bezahlen, sonst haftet er den vorzüglichen Gläubigern persönlich, wenn er den Nachlaß durch Befriedigung schlechterstehender Gläubiger erschöpft. Um sich hierbei gegen Verantwortlichkeit zu sichern, hat er das Mittel des erbschaftlichen Liquidationsprozesses[25]. Die Eröffnung dieses Prozesses, welchen der Richter auf einseitigen Antrag auch nur Eines Miterben verfügt, hemmt die Exekution gegen den Erben, und die Gläubiger und Legatarien müssen den Ausgang abwarten, hindert sie aber weder an der Beschlagnahme der Masse im Wege des Arrestes[26], noch ist sie ihnen präjudizirlich, vielmehr bleibt ihnen der Nachweis unbenommen, daß der Erbe der Rechtswohlthat verlustig. VII. Das richterliche Erkenntniß, welches den Erben der Rechtswohlthat verlustig erklärt, wirkt wie ein Präjudizium[27].

§. 867.

4. Transmission der Erbschaft.

Weil die Delation und die Erwerbung der Erbschaft auf denselben Zeitpunkt zusammenfallen, so gilt die s. g. transmissio ex capite suitatis des R. R. im Pr. R. als allgemeine Regel[1]. Stirbt also der Erbe während der Ueberlegungsfrist, so geht sein Recht unverändert auf seine Erben über, diese haben mithin, gleich

---

22) §§. 444, 445 a. a. O.

23) Deshalb haftet er auch für die Kosten der Prozesse, die er als Erbe führt; doch kann er sie, wenn die Masse nicht zureicht, in Rechnung bringen. Vergl. den Rechtsfall in der Jur. Wochenschrift 1843, Kol. 233 ff.

24) So verlangt es die L. 22, §§. 4—9 C. de jure deliberandi (VI, 30).

25) §§. 452—456 a. a. O. S. o. §. 504, S. 123.

26) V. I vom 4. März 1834, §. 2. — Anh. z. A. G. O. §. 382.

27) §. 429 a. a. O.

1) §. 370 a. a. O. Den besondern Grund der röm. Ausnahme hinsichtlich des Suus s. o. §. 812, Note 7.

ihrem Erblasser, freie Wahl: ob sie die Erbschaft behalten oder ausschlagen wollen (transmissio Justinianea)[1a]). Dazu haben sie nicht bloß die noch übrige Deliberationsfrist, sondern die ganze Ueberlegungsfrist, welche ihnen wegen der eigenen Verlassenschaft ihres Erblassers zusteht[2]).

§. 868.

5. Legitimation der Erben.

Wenn der Erbe die Erbschaft angenommen oder behalten zu wollen erklärt hat, ist er noch nicht in der Lage, darüber zu verfügen, vielmehr hat er, um dahin zu gelangen, sich noch erst zu legitimiren, ein Erforderniß, welches nur dem Pr. R. eigenthümlich ist und auf dem Legalitätsprinzip beruhet, vermöge welches der Richter von Amts wegen auf die Zuständigkeit der Privatrechte, worüber Jemand verfügen will, sehen soll. Nach G. R. und nach andern europäischen Rechten fragt keine Behörde nach der Legitimation Dessen, welcher als Erbe eines Verstorbenen über dessen Verlassenschaft verfügen will, und wer sich als Erbe gerirt, kommt nicht eher in den Fall sein Erbrecht nachzuweisen, als bis ihm dasselbe bestritten wird und er von der Erbschaftsklage Gebrauch macht oder er sich gegen den Erbanspruch eines Andern behaupten will. Ganz anders nach Pr. R. Dieses verlangt, daß der Erbprätendent gleichsam die hereditatis petitio mit dem Richter durchmache, indem Dieser als Besitzer der Erbschaft auftritt. Zwar ist in den meisten Fällen der Prätendent selbst im Besitze, denn der Richter darf, außer den bestimmten Fällen, die Erbschaft nicht in seine Gewahrsam nehmen; der Erbe kann mithin über die Erbschaft und die einzelnen Stücke thatsächlich wol verfügen, was hinsichtlich der körperlichen Mobilien für das Bedürfniß auch ausreicht. Allein über Immobilien, Hypotheken und Gerechtigkeiten kann er keine Rechtshandlungen vornehmen, weil hierzu die Mitwirkung des Richters erfordert wird. Dadurch wird er mittel-

1a) L. 19 C. de jure deliberandi (VI, 30).

2) §. 397 a. a. O. Diese Abweichung von der L. 19 all. ist vorbedacht und folgenrichtig. Der Grund der Transmission ist nach Pr. R. ein anderer als nach jener Verordnung Justinian's.

bar gezwungen, sich auch in dem Falle, wo der Richter die Erbschaft nicht in seine Gewahrsam genommen hat, mit ihm in ein prozessualisches Verfahren einzulassen, in welchem er keinen andern Gegner als den urtheilenden Richter selbst hat. I. Die Fälle, in welchen der Richter die Verlassenschaft eines Verstorbenen durch Versiegelung oder andere angemessene Anstalten von Amtswegen in seine Gewahrsam zu nehmen hat, sind: 1. wenn sich zu dem Nachlasse bald nach dem Tode des Erblassers Niemand meldet; 2. wenn Keiner von den bekannten oder vermuthlichen Erben anwesend ist; 3. wenn Minderjährige oder andere Unfähige sich unter denselben befinden und kein hinterbliebener Ehegatte in der Sterbewohnung gegenwärtig ist; 4. wenn die vermuthlichen Erben Ausländer sind; 5. wenn besondere Zeit- oder andere Umstände es nach dem Ermessen des Richters nothwendig machen, mit vorzüglicher Sorgfalt zu bewirken, daß der Nachlaß in dem Stande, worin er sich zur Zeit des Todes befindet, erhalten werde [3]). Ein schriftliches oder dem Richter zu Protokoll gegebenes Verbot des Erblassers hindert auch in diesen Fällen die Siegelung, ausgenommen, wenn sich Umstände hervorthun, nach welchen nicht vorhergesehene Gefahr zu besorgen ist, besonders wenn die Person, mit Beziehung auf welche die Siegelung verboten worden, nicht mehr am Leben oder nicht am Orte zugegen ist [4]). Außer diesen Fällen findet die Siegelung statt: 1. auf Antrag eines Erbinteressenten und zwar so lange noch kein Besitzer der Erbschaft vorhanden, ohne weitere Erörterungen, später aber, nachdem sich schon Jemand als Erbe in den Besitz des Nachlasses gesetzt hat, nur unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags [5]); 2. auf Antrag eines Erbschaftsgläubigers sowie auf Antrag eines Gläubigers des Erben oder eines Miterben, unter denselben Voraussetzungen [6]).

---

3) §§. 460—462 a. a. O. — II, 18, §§. 354, 371. — A. G. O. II, 5 §§. 4, 5. Anh. §. 432. Den im Sterbehause anwesenden Verwandten oder Hausgenossen des Verstorbenen und dem Hauswirthe liegt ob, bei eigener Vertretung, dem Richter den Sterbefall anzuzeigen. §. 23 das.

4) A. L. R. II, 18, §§. 372—375.

5) A. G. O. II, 5, §§. 8—10. Ein prozessualisches Arrestverfahren findet in der Regel nicht statt, sondern die Sache wird gewöhnlich in das Geleise der Nachlaßregulirung gebracht.

6) §§. 11—13 a. a. O. — I, 9, §. 387.

II. Der unter Sperre genommene Nachlaß wird nur Demjenigen verabfolgt, welcher sich als den wahren und einzigen Erben dem Richter ausweis't [7]. Von drei Fällen muß Einer eintreten. 1. Der muthmaßliche Erbe ist seiner Person, aber nicht seinem Aufenthalte nach bekannt. In diesem Falle wird Derselbe und dessen nächste Verwandten, nach Verlauf von drei Monaten nach dem Tode des Erblassers, durch öffentliche Bekanntmachung ohne Präjudiz aufgefordert sich zu melden, und zugleich wird ihm von dem Richter seines letzten bekannten Wohnorts ein Abwesenheitsvormund bestellt, welcher die Legitimation zu führen und für die Verwaltung der Erbschaft zu sorgen hat. Der endliche Ausgang ist entweder die Rückkehr oder die Todeserklärung des Abwesenden [8]. 2. Der muthmaßliche Erbe ist auch nach seiner Person unbekannt. Dann wird dem Nachlasse ein Kurator bestellt, und die Erbschaft öffentlich aufgeboten (§. 808, VI). 3. Es meldet sich ein Erbe. Dieser „muß sein Erbrecht dem Richter gehörig nachweisen" [9]. Gründet er solches auf ein Testament oder auf einen Erbvertrag, so hat er bloß die Urkunde darüber vorzulegen. Will er Intestaterbe sein, so muß er den Grad seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser durch Kirchenzeugnisse und, wenn solche nicht herbeizuschaffen sind, durch andere Beweismittel nachweisen (§. 42, III). Bei dieser Beweisführung tritt nun der Uebelstand ein, daß der Richter selbst die Stelle eines Gegners einnehmen soll. Man hilft sich damit, daß man in zweifelhaften Fällen dem Nachlasse einen Kurator bestellt und mit Diesem den Prätendenten seine Verwandtschaft kontradiktorisch ausmachen läßt (§. 808, VI). a. Ist das Verwandtschaftsverhältniß festgestellt, so muß noch nachgewiesen werden, daß keine nähere oder gleich nahe Verwandten vorhanden sind. Der Richter soll prüfen: ob Grund sei zu vermuthen, daß noch nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden. Finden sich solche Vermuthungen, so wird darüber zwischen dem Prätendenten und dem Kurator verfahren [10]. Nach

---

7) I, 9, §§. 482, 483, 486, 492.

8) §§. 465—470 das. Die öffentliche Bekanntmachung hat nur einen faktischen Zweck.

9) §§. 482, 483 a. a. O.

10) §§. 485, 487 das. Das geschieht natürlich Alles auf eigene Kosten des Erben. Es wird ihm dadurch also, ohne daß er einen Widersacher hat, ein Theil des Seinigen von Amts wegen entzogen.

Befinden des Richters muß der Prätendent, zur Ergänzung seiner Legitimation, noch ein öffentliches Aufgebot aller Derjenigen, welche ein näheres oder gleich nahes Erbrecht zu haben vermeinen, ausbringen. Meldet sich darauf Niemand, und schwört der Prätendent, daß er die von ihm angezeigten Bemühungen, um den Aufenthalt näherer oder gleich naher Verwandten des Erblassers zu entdecken, wirklich angewendet, dennoch weder vor noch nach erlassener Citation davon Nachricht erhalten habe: so wird, der zu erlassenden Warnung wegen des Ausbleibens gemäß, erkannt: daß alle unbekannten Erben mit ihren Ansprüchen an den Nachlaß zu präkludiren, der Extrahent für den rechtmäßigen Erben zu erachten, ihm, als solchem, der Nachlaß zur freien Verfügung zu verabfolgen; und der sich etwa später noch meldende nähere, oder gleich nahe Erbe alle seine Handlungen und Verfügungen anzuerkennen und zu übernehmen, schuldig; von ihm weder Rechnungslegung noch Ersatz der gehobenen Nutzungen zu fordern berechtigt, sondern sich lediglich mit Dem, was alsdann noch von der Erbschaft vorhanden, zu begnügen verbunden [11]. Dieses Urtel, wenn es rechtskräftig, legitimirt den Prätendenten vollständig. b. Ist gewiß, daß nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden gewesen sind, aber ungewiß: ob dieselben noch am Leben; so entscheidet die Vermuthung über die wahrscheinliche Lebensdauer eines Menschen (§. 43, Nr. 2). c. Finden sich keine dergleichen Vermuthungen, so ist von allen sich meldenden Erben an Eidesstatt zu versichern: daß ihnen keine nähere oder gleich nahe Verwandte des Erblassers bekannt sind [12]. Darauf fertigt der Richter den Erben eine Legitimationsurkunde (Erbeslegitimationsattest) aus [13]. d. Ist nicht Verwandtschaft sondern Ehe der Grund des Erbrechts, so hat der hinterbliebene Ehegatte seinen Trauschein vorzulegen und, wenn von Blutsverwandten des Ver-

---

11) §. 488 das. — A. G. O. I, 51, §§. 148—153.

12) I, 9, §. 486. Diese Bestimmung verursacht unendliche Schwierigkeiten und eine große Menge Kosten, wenn die Erben zahlreich und zerstreut sind, ja es ist in vielen Fällen, wo sie sich zum Theil im Auslande aufhalten, oder wenn Einzelne wegen ihrer Verschuldung oder wegen bereits erhaltener Abfindung kein Interesse mehr dabei haben, ganz unmöglich, diese Versicherungen zu erlangen. Dadurch werden oft Jahre lang die Erben an der Verfügung über ihre Erbschaft verhindert, und zuletzt wird doch nicht der Bestimmung entsprochen, sondern der Knoten zerhauen.

13) Hyp.-Ordn. Tit. II, §. 72.

storbenen keine Nachricht vorhanden ist, zu seiner Legitimation als alleinigen Erben bloß an Eidesstatt zu versichern, daß ihm keine Verwandten des Erblassers bekannt seien; eines Aufgebots soll es nicht bedürfen [14]).

§. 869.

II. Bei einer Singular-Succession.

Auch hierbei ist der Anfall von der Erwerbung zu unterscheiden. Es gilt aber schon im R. R. der Grundsatz, daß in der Regel das Erbrecht aus einer Singular-Succession mit der Delation ipso jure erworben wird [1]), doch so, daß Jeder die ihm erworbene Succession ganz, niemals bloß theilweise, zurückweisen (repudiiren) darf, welches dann die Wirkung hat, als wenn sie niemals deferirt worden wäre [2]). Die Delation geschieht mit dem Tode des Erblassers, mithin ist in der Regel der Todestag auch der Zeitpunkt des Erwerbs (dies legati cedit) [3]). Eine Ausnahme machen die bedingten Legate, bei welchen erst mit dem Eintritte der Bedingung dies cedit [4]). Diese Sätze des R. R. sind im Pr. R. unverändert beibehalten [5]). Aber in einer andern Hinsicht weicht Dieses von Jenem ab. Was nämlich nach R. R., mit dem Augenblicke des Anfalls, zugleich ipso jure erworben wird, ist bloß das jus successionis oder jus legati. Davon unterscheiden die Röm. Juristen den Inhalt oder Gegenstand desselben: zu dessen Erwerb kann es, da die Singular-Succession auf einer Universal-Succession beruht und eine delibatio hereditatis ist, wobei der Erbe mitzuwirken hat, erst nach dem Er-

---

14) Anh. z. A. L. R. (I, 9, §. 477) §. 11. — R. v. 12. Febr. 1798 und die Anfrage der Westpr. Reg. v. 30. Januar 1798 (Rabe, Bd. V, S. 40).

1) Gajus, II, §. 195. — L. 81, §. 6 D. de leg. I; L. 77, §. 3 D. de leg. II; L. 6 C. quando dies legati vel fideicommissi cedit (VI, 53).

2) L. 38 pr. §. 1 D. de leg. I; L. 4, 6, 58 D. de leg. II. — L. 44, §. 1, L. 69 pr., L. 86, §. 2 D. de leg. I.

3) L. 5 pr. §. 1 D. quando dies legat. (XXXVI, 2); Ulpian. XXIV, §§. 30, 31; L. un. §. 1, 5 C. de caducis tollendis (VI, 50).

4) L. 5, §. 2 D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. 41 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1). — Ulpian. XXIV, §. 31. — L. un. §. 7 C. de cad. toll. (VI, 53).

5) I, 12, §. 288; §§. 366, 372; §§. 478, 482—484. S. o. §. 829, I.

werbe der Erbschaft kommen. Damit verhält es sich im Pr. R. anders. Die Verfasser des A. L. R. unterscheiden nicht zwischen der Erwerbung des jus legati und der dessen Inhalts [6]). Da jedoch in der Wirklichkeit der Erwerb des Gegenstandes von so wichtigen Voraussetzungen abhängt, daß dabei der Erbe, ohne dessen Rechte zu verletzen oder gar zu vernichten, unmöglich bei Seite gesetzt werden kann: so wird der Erfolg jenes Unterschiedes durch das positive Verbot der eigenmächtigen Besitznahme zu erreichen gesucht, so daß also der Vermächtnißnehmer doch nur durch den Erben zum Besitze und Genusse seiner Sachen und Rechte soll gelangen dürfen [7]). Für die Ausschlagung einer Singular-Succession giebt es keine Fristbestimmung.

Zweites Kapitel.

Vom Verluste der Erbschaft.

§. 870.

1. Gründe des Verlustes.

Das ältere R. R. kannte zwei Gründe, aus welchen eine gültig deferirte und erworbene Succession wieder entzogen wurde: die Unfähigkeit (Inkapazität) und die Unwürdigkeit (Indignität). Die Inkapazität bezog sich nur auf testamentarische Successionen und gilt im Justinian'schen Rechte nicht mehr; und die in demselben aufgekommenen neuen Fälle der Inkapazität, nämlich die Unfähigkeit der Kinder eines Hochverräthers [1]), der Ketzer [2]) und der Abtrünnigen [3]) haben nicht Eingang in das Pr. R. gefunden. Dagegen sind folgende Fälle der Unwürdigkeit beibehalten: 1. Wer den Erblasser an seiner freien Verfügung hindert,

---

6) §§. 288 a. a. O.: „Das Eigenthum der in einem Testamente Jemanden zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht — mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium über."

7) I, 12, §. 311. Vergl. I, 9, §§. 358, 359. S. o. §. 824, I.

1) L. 5, §. 1, L. 3 C. ad leg. Jul. majestatis (IX, 8).

2) L. 4, §. 2, L. 19 pr. C. de haereticis (I, 5).

3) L. 3 C. de apostatis (I, 7).

verliert seine dadurch erlangte Succession[4]). Dahin gehört: a) Wer die Errichtung eines Testaments hindert, verliert die Intestatfolge und auch die Succession aus einem schon vorhin errichteten Testamente[5]). b) Wer die gerichtliche Uebergabe eines schon gefertigten Testaments hindert, verliert gleichfalls seine Succession und muß die Bedachten entschädigen[6]). c) Wer den Widerruf eines errichteten Testaments hindert, verliert die ihm darin zugedachte Succession und muß Diejenigen, zu deren Besten der Widerruf gewesen sein würde, entschädigen[7]). d) Wer Jemand zur Errichtung eines Testaments zwingt oder betrüglich verleitet, verliert auch die Intestat-Succession oder wird, wenn er kein gesetzliches Erbrecht hat, mit einer öffentlichen Strafe belegt[8]). 2. Wer eine letztwillige Verfügung verheimlicht, verliert alle ihm darin zugedachten Vortheile und wird um den Betrag Dessen, was er sich durch die Verheimlichung zu verschaffen gedachte, fiskalisch bestraft[9]). 3. Folgende Fälle der Impietät des Erben gegen den Erblasser: a) wenn der Erbe oder Legatarius durch Vorsatz oder grobes Versehen den Tod des Erblassers verursacht und von dem Erblasser nicht Verzeihung erhalten hat, so verliert er die ihm zugedachten Vortheile[10]); b) wenn der Intestaterbe den in Noth und Elend gerathenen Erblasser zu ernähren auf ausdrückliche Aufforderung dazu und bei eigenem Ueberflusse sich geweigert hat, so verliert er sein Erbrecht zum Vortheil Dessen, der sich des Erblassers dauernd angenommen hat (§. 854, II). 4. Einer der Fälle der Impietät gegen den Erblasser nach dessen Tode, nämlich: wenn der im Testamente ernannte Vormund sich exkusirt, so soll er die ihm im Testamente zugedachten Vor-

---

4) L. 19 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); Tit. D. si quis aliquem testari prohib. (XXIX, 6); Tit. C. id. (VI, 34); L. 1 D. quibus non competit. (XXXVIII, 13).

5) I, 12, §. 605.

6) §. 606 a. a. O. Ist bloße Kasuistik; Grundsatz ist die Verhinderung der gültigen Testamentserrichtung; wie sie ausgeführt wird ist gleichgültig.

7) §. 607 das.

8) §§. 609, 610 das. Das neue Strafges. B. hat dafür kein paßliches Fach. Der Verf. hat das Pr. R. nicht recht in seiner Gewalt gehabt, oder nicht beachten wollen, wodurch denn die so nöthige Prinzipieneinheit im Rechtssystem nichts gewonnen hat.

9) §. 608 das. — L. 26 D. de lege Cornelia (XLVIII, 10); L. 25 C. de legatis (VI, 87).

10) §§. 599, 600 a. a. O. — L. 3 D. de his ut indignis (XXXIV, 9); L. 10 C. eod. (VI, 35); L. 7, §. 4 D. de poenis damnator. (XLVIII, 20).

theile verlieren, wenn er nicht beweist, daß ihm solche dennoch zugewendet sein würden[11]). 5. Wenn der Erbe mit dem Erblasser in einer verbrecherischen Geschlechtsverbindung gestanden, namentlich Ehebruch oder Blutschande getrieben hat, so ist er unwürdig, vorausgesetzt, daß durch den Ehebruch die Trennung einer Ehe verursacht worden, oder der Erblasser sonst des Verbrechens gerichtlich überführt worden ist und keine Ehe zwischen den Ehebrechern, nach vorher erlangter Dispensation, geschlossen worden ist (§. 818, I, 3). Die übrigen im R. R. noch vorkommenden zahlreichen Fälle der Indignität sind nicht anerkannt und gelten auch nicht in Folge von allgemeinen Grundsätzen[12]).

§. 871.

2. Bedingung und Folgen der Entziehung.

Die Bedingung der Entziehung ist, daß die Succession gültig deferirt und erworben sein muß. Die Folge der Entziehung war nach R. R., daß der Erbe ipso jure Erbe blieb und nur thatsächlich so behandelt wurde, als wenn er es nicht wäre, indem die Klagen ihm versagt und dem Fiskus übertragen wurden, welcher per universitatem in die ereptoria[13]) succedirte und daher Schulden und Legate bezahlte[14]). Eine Folge davon, daß das Erbrecht des Erben ipso jure nicht für aufgehoben galt, war, daß die von selbst eingetretenen rechtlichen Wirkungen nicht wieder wegfielen, z. B. die Forderungen, welche durch den Erwerb der Erbschaft confundirt worden waren, durch die Ereption nicht restituirt wurden[15]). Anders nach Pr. R. Die Caduca (die

---

11) II, 18, §§. 218, 219. — L. 5, §. 2 D. de his quae ut indignis; L. 28, §. 1, L. 32 D. de excusat. (XXVII, 1).

12) Ueber die Frage: ob Der, welcher den letzten Willen des Erblassers erfolglos angefochten hat (Paulus IV, 5, §. 10; L. 8, §. 14 D. de inoff. testam.), nach dem A. L. R. unwürdig sei, s. Gründler und Amelang's Archiv, Bd. II, S. 17 flg. Wird natürlich verneint.

13) Ereptorium, vulgo ereptitium, wird von Ulpian. Fragm. XIX, §. 17 dem caducum entgegengesetzt.

14) L. 18, §. 1, L. 16, §. 2 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9).

15) L. 8, 17, 18, §. 1 D. eodem.

übrigens im Pr. R. nicht vorkommen) und die Ereptoria fallen nicht dem Fiskus zu[16]), sondern Demjenigen, zu dessen Gunsten die Einziehung geschieht, oder zu Gunsten des gesetzlichen oder sonst berufenen Erben, auch ist es nach Pr. R. so anzusehen, daß dem Unwürdigen das Recht selbst ganz entzogen wird, so als wenn es ihm nie angefallen gewesen wäre, daher er auch von seinen eigenen, zur Erbschaft gehörigen, Schulden nicht befreit ist.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rechte oder dem Inhalte der Succession.

Erstes Kapitel.

Von den Rechten der Universalsuccession.

I. Im Allgemeinen.

§. 872.

Das Recht der Succession hat eine doppelte Beziehung: es ist ein Recht auf die Erbschaft als Ganzes, welches wesentlich darin besteht, daß der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in Ansehung der Vermögensrechte desselben vorstellt[1]); und vermöge dieser Bedeutung zugleich ein Recht auf alle in dem Ganzen begriffenen Sachen und Rechte mit den daran haftenden Lasten und Pflichten hat. Die beiden Rechte, nämlich das Recht auf den Inbegriff und das auf die einzelnen Sachen sind zu unterscheiden; sie bestehen auch nach der Besitznahme der Erbschaft in der Vorstellung neben einander fort, wie sich an den Rechtsmitteln, namentlich an der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) zeigt, welche nicht dazu gebraucht werden kann, einzelne Gegenstände der Erbschaft einzufordern[2]). I. Das Recht auf die Universitas, nicht bloß als ein dingliches Recht im gewöhnlichen Sinne, sondern

---

16) II, 16, §. 18. Hier ist der Unfähigkeit, die doch im Sinne des R. R. nicht vorkommt, und der Unwürdigkeit gedacht.

1) Vergl. die Novelle 48 pr. Im A. L. R. ist der Satz nicht ausdrücklich ausgesprochen, er wird jedoch von der Praxis nicht bezweifelt. Schles. Arch. Bd. IV, S. 13.

2) Vergl. A. L. R. I, 9, §§. 618, 619.

als ein Recht eigenthümlicher Art von dinglichem Charakter zu betrachten, kann von dem Erben weiter auf einen Andern, mittelst eines Geschäfts unter Lebenden, übertragen werden (§. 526, II, 5 und §. 682), und zwar der Substanz nach, was dem R. R. fremd ist. Dieses kennt zwar ebenfalls einen Erbschaftskauf, aber dadurch entsteht bloß die Verbindlichkeit des Verkäufers, das Eigenthum der einzelnen Sachen auf den Käufer zu übertragen (§. 682), mit Ausnahme des Falles, wenn der Fiskus Verkäufer ist: dessen Abkäufer wird als wirklicher Erbe (successor per universitatem) angesehen [3]. II. Durch die Universalsuccession tritt der Erbe in der Regel in alle einzelne, in dem Vermögensinbegriffe enthaltenen einzelnen Rechte ipso jure, doch giebt es auch unter den Vermögensrechten einzelne höchst persönliche Rechte, welche nicht übergehen. Zu den Stücken eines Vermögens gehören: 1. Eigenthum körperlicher Sachen. Solches geht vollständig auf den Erben von selbst über, so daß er den Gegenstand mit der Vindikationsklage einfordern kann. 2. Besitz. In dieser Hinsicht findet sich eine Verschiedenheit zwischen dem R. und Pr. R. Der Besitz körperlicher Sachen geht durch die Erwerbung der Erbschaft nicht auf den Erben über, weil derselbe auf einem thatsächlichen Zustande, der Gewahrsam, beruhet, welcher nicht durch eine juristische Handlung hervorgebracht werden kann; der Erbe muß daher den Besitz für sich besonders erwerben, und dieser Besitz ist eigentlich keine Fortsetzung des Vorigen [4]. Daraus müßte die Unterbrechung der Ersitzung folgen; allein zum Behufe der Ersitzung wird die Fortdauer des Besitzes, während der Ueberlegungsfrist, bis dahin, wo der Erbe solchen wirklich erwirbt, fingirt und der Besitz des Erben wird in dieser Beziehung für eine Fortsetzung des Besitzes des Erblassers angesehen [5]. Bis hierher stimmen beide Rechte überein. Allein die weitere, im R. R. anerkannte Folge, daß hinsichtlich der Bedingungen der Ersitzung nicht auf den Besitzerwerb des Erben, sondern auf den des Erb-

3) L. 54 pr. D. de heredit. petit. (V, 3); L. 1 C. de hered. vend. (IV, 39).

4) I, 9, §§. 368, 370. — L. 23 pr. D. de acquir. poss. (XLI, 2); L. 1, §. 15 D. si is qui testam. liber. (XLVII, 4).

5) §§. 613, 616 a. a. O. — L 31, §. 5, L. 40, 44, §. 3 D. de usucap. (XLI, 3); L. 6, §. 2 D. pro emtore (XLI, 5). In keiner andern Beziehung wird angenommen, daß der Erbe, ohne körperliche Besitzergreifung, Besitz habe. Deshalb hat er auch nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes, wenn die Störung seines Rechts zum Besitze vor der Besitznahme der Erbschaft vorgefallen ist. Pl. Beschl. (Pr. 2161) vom 7. November 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 3).

lassers gesehen wird, gilt nach Pr. R. nicht, vielmehr kann der Erbe, wenn er unredlicher Besitzer ist, die Ersitzung nicht fortsetzen, so wie umgekehrt, wenn er redlicher Weise den Besitz erwirbt und die Sache nur nicht geraubt oder gestohlen ist, eine Ersitzung für sich ohne weiteren Titel, also pro herede, anfangen[6]). 3. Jura in re gehen ohne Weiteres über und der Erbe hat die entsprechende dingliche Klage. 4. Die Obligationen gehen, soweit sie nicht ausnahmsweise durch den Tod des Erblassers erlöschen (§. 520), gleichfalls ipso jure auf den Erben über. Die Passivobligationen (Schulden) übernimmt der Erbe in solidum, daher die Gläubiger auch das eigene Vermögen des Erben angreifen können[7]). Davon gilt jedoch eine doppelte Ausnahme: die eine liegt in der Rechtswohlthat des Inventariums (§. 866, V), die andere in dem den Erbschafts-Gläubigern zustehenden Rechte der Separation[8]). 5. Auch ein Erbrecht, welches der Erblasser erworben hat, ohne noch die Erbschaft in Besitz genommen zu haben, geht als ein Vermögensrecht mit über[9]). III. Mehrere Miterben haben das Recht auf das Ganze nach Verhältniß ihrer Erbportion[10]). Dieses wird zwar nach R. R. auch auf die einzelnen Gegenstände, soweit sie an sich theilbar sind, übertragen, so daß an körperlichen Sachen für alle Miterben ein Miteigenthum zu individuellen Theilen pro parte hereditaria entsteht, worüber Jeder verfügen kann. Allein das Pr. R. nimmt ein solches Miteigenthum der Miterben zu bestimmten Theilen an den einzelnen Stücken nicht an und gestattet mithin auch keine Verfügung des Einzelnen über einzelne Sachen oder Antheile daran, vielmehr muß das Theilungsverfahren abgewartet werden[11]).

---

6) §§. 613–615, 617–619 a. a. O.

7) §§. 418, 419 das. Unter mehrere Miterben sind jedoch, gegen die Regel, die Passiva ipso jure getheilt. Vergl. Pr. 727, vom 19. August 1839 und Pr. 938, vom 10. Oktober 1840.

8) A. G. O. II, 5, §. 12. — S. o. §. 493, A, I.

9) I, 9, §. 370. — L. 3 D. de hered. petit. (V, 3); L. 7, §. 2 D. de acquir. vel omitt. hereditate (XXIX, 2).

10) §. 382 a. a. O.

11) Schlesisches Archiv, Bd. IV, S. 16.

II. Besondere Verhältnisse.

1. Verhältniß der Erben zu Dritten.

§. 873.

a) Das Allgemeine.

Das Erbrecht oder das Recht des Erben auf das Ganze kann wegen seines dinglichen Charakters möglicherweise von jedem Dritten verletzt und muß deshalb auch gegen jeden Dritten geschützt werden. Nach Analogie der Schutzmittel gegen Verletzungen dinglicher Rechte an einzelnen Sachen ist die ordentliche Klage die Erbschaftsklage, eine Species der Vindikationsklage, hinsichtlich welcher sich das Pr. R. an das R. R. anschließt. Ein der Publizianischen Klage entsprechendes Rechtsmittel giebt es für die Erbschaft nicht mehr, die prätorische h. p. possessoria ist im Justinian'schen Rechte nicht mehr gebräuchlich. Außer der Klage und dem im neuern R. unpraktischen interdicto quorum bonorum giebt das R. R. noch für gewisse Fälle provisorische Rechtsmittel (missiones in possessionem), wovon das remedium ex lege ultima Codicis de edicto D. Hadriani tollendo und die bonorum possessio ventris nomine im Pr. R. noch übrig sind.

§. 874.

b) Erbschaftsklage (hereditatis petitio).

Arndts, über das Wesen der hereditatis petitio, in Dessen Beiträgen zum Civilrechte und Civilprozesse (Bonn, 1837), S. 1 flg. — Roßhirt, das testamentarische Erbrecht (Heidelberg, 1840), Bd. II, S. 1 flg. — Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio; im Rhein. Museum, Bd. IV, S. 165 flg. — Buchholz, juristische Abhandlungen (Königsberg, 1833), Nr. 1. — Korte, über die dem Erben zustehenden Rechtsmittel, in Ulrich's Archiv, Bd. VI, S. 117 flg.

Diese Klage ist das ordentliche Rechtsmittel des Erben, wodurch er sein Recht auf das Ganze, das jus successionis, gegen jeden Dritten, welcher das Recht thatsächlich verletzt, geltend macht. Sie ist nach dem Muster der Eigenthumsklage gebildet

und wird auch hereditatis vindicatio genannt[1], aber unter dem Namen einer actio in rem de universitate der Vindikationsklage als einer actio in rem specialis entgegengesetzt[2]). In manchen Beziehungen ist sie aber auch den persönlichen Klagen darin ähnlich, daß sie auf persönliche Leistungen des Beklagten geht, nämlich in Fällen, wo derselbe als Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben sich bereichert hat[3]); sie ist hierin also der condictio sine causa neben der Reivindikation (§. 642, §. 239, II, 3, a) ähnlich. Sie hat mit der Reivindikation (§. 239) gleiche Schicksale gehabt[4]). Die Pr. Gesetzgebung erwähnt dieser Klage nirgend; was darauf bezogen werden kann, ist die Bestimmung, daß auch der Eigenthümer eines Rechts dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen kann, daß aber die Frage: in wiefern die darunter begriffenen Befugnisse nur gegen gewisse Personen, oder auf gewisse Sachen oder gegen jeden Besitzer derselben ausgeübt werden können, nach der Natur und Beschaffenheit des Rechts zu beurtheilen[5]). Hier ist das Recht auf ein Ganzes, als Gegenstand der Eigenthumsverfolgung, verschieden gedacht von den darunter begriffenen einzelnen Befugnissen. Danach wird die Vindikationsklage in ihrer Anwendung auf eine Erbschaft von der gewöhnlichen Reivindikation nicht weiter unterschieden, doch aber ist der aus ihrem Gegenstande sich von selbst ergebende Unterschied, wonach dabei bloß auf das Recht als Ganzes, nicht auf die darunter begriffenen einzelnen Gegenstände zu sehen, hervorgehoben, womit auch die wesentlichen Eigenthümlichkeiten der Erbschaftsklage anerkannt sind. Diese treten jedoch in der Gerichtspraxis nicht so deutlich hervor, weil die Gerichte sich des Erbregulirungswesens und der Gewahrsam der Erbschaften (§. 866) als einer Staatsangelegenheit von Amts wegen bemächtigen, daher in den Erbstreitigkeiten meistentheils nicht zu bestimmen ist: wer als

---

1) L. 8 D. de hered. petit. (V, 3); L. 19 i. f. D. de inoff. testam. (V, 2); L. 3 D. expil. hered. (XLVII, 19); Gajus II, §. 120.

2) L. 1 pr., L. 27, §. 3 D. de reivind. (VI, 1); L. 7 C. de hered. pet. (III, 31).

3) L. 25, §. 18, L. 16 pr. §§. 1, 3—7, L. 13, §. 15, L. 14, 15 D. de hered. pet. (V, 3). Hierauf bezieht sich die „mixta personalis actio" in der L. 7 C. eod.

4) Gajus IV, §§. 91—95. — Cicero in Verrem I, 45.

5) I, 15, §§. 3, 5, vergl. mit I, 9, §§. 368, 350, 351 u. I, 2, §§. 33, 34.

Kläger und wer als Beklagter anzusehen[6]). Abgesehen hiervon und von den Fällen, wo keine Partei, sondern der Richter die Erbschaft in Gewahrsam hat, sind die besondern Grundsätze der Erbschaftsklage im Wesentlichen wie nach R. R. I. Bedingungen. 1. In der Person des Klägers ist das erworbene Erbrecht die Hauptbedingung; der Kläger muß dasselbe beweisen, d. h. in der Preuß. Rechtssprache: er muß seine Erbeslegitimation führen. Mit derselben Klage klagt sowohl der Alleinerbe (ex asse) als der Miterbe; der Letztere fordert einen ideellen, nicht einen reellen Theil der Erbschaft[7]), die wirkliche Abtheilung geschieht demnächst durch das Theilungsverfahren (familiae erciscundae)[8]). Wird der Kläger mit seiner auf einen bestimmten Delationsgrund gestützten Klage abgewiesen, so hindert Das nicht, die Erbschaft von Neuem aus einem andern Grunde zu fordern[9]). 2. In der Person des Beklagten wird vorausgesetzt, daß er das Erbrecht des Klägers bestreite und, wenn nicht das Gericht die Erbschaft in Gewahrsam hat, daß er dasselbe thatsächlich durch Vorenthaltung der dazu gehörigen Gegenstände oder auch nur einzelner wenn noch so geringer Stücke verletze[10]). Ist die Erbschaft hinter dem Richter, so genügt das bloße Bestreiten. Gleichgültig ist, in Beziehung auf die Anwendbarkeit der Klage: ob der Beklagte pro herede (unter dem Vorwande, selbst Erbe zu sein), oder pro possessore besitze[11]), wenn er nur das Erbrecht des Klägers bestreitet; thut er dies nicht: so muß der Erbe eine andere Klage, etwa die Reivindikation, gebrauchen[12]). Aber in Beziehung auf die Legitimation (den Beweis) ist es bei dem bloßen Besitzer pro possessore genug, wenn der Kläger überhaupt nur ein Successionsrecht hat[12a]). Der Erbe des Beklagten haftet vor der Insinuation der

---

6) A. G. O. I, 46, §§. 3, 6.

7) L. 1, §§. 1—4 D. si pars hereditatis petatur (V, 4).

8) A. G. O. I, 46, §. 8 flg. — L. 7, 8 D. eodem.

9) L. 3 C. de hereditatis petitione (III, 31).

10) I, 12, §. 243. — L. 9, L. 10 pr., L. 16, §. 1, L. 18, §. 1 D. eodem. (V, 3).

11) L. 11, 12, 13 pr. §. 1 D. eod. — §. 3 J. de interd. (IV, 15).

12) L. 4 C. in quibus causis cessat (VII, 34); L. 7 C. de hered. pet.

12a) I, 12, §. 243.

Klage nur in eigenem Namen, d. i. wenn er pro herede oder pro possessore besitzt oder reicher ist. II. Gegenstand der Klage ist hauptsächlich der Ausspruch, daß der Kläger Erbe sei. Dabei bewendet es, wenn die Erbschaft in den Händen des Richters ist; dieser veranlaßt dann das Weitere wegen Verabfolgung derselben an den Erben[14]). Ist aber der Beklagte im Besitze von Sachen oder Vortheilen aus der Erbschaft, so verurtheilt ihn zugleich der Richter zur Herausgabe alles Dessen, was sich hinter ihm befindet. Diese Leistungen sind persönliche, wegen welcher die Klage zugleich als eine actio mixta bezeichnet wird (Note 3). In Ansehung dieser Leistungen wird zwischen einem redlichen und unredlichen Erbschaftsbesitzer unterschieden. a) Für einen unredlichen Besitzer wird Derjenige angesehen, welcher eigenmächtig in die Verwaltung einer fremden Erbschaft sich eindrängt oder wer eine Erbschaft als seine, wissend daß er nicht Erbe, in Besitz nimmt. Ein solcher muß für das geringste Versehen bei der Verwaltung einstehen, und wenn er der Treulosigkeit in der Verwaltung verdächtig ist, oder wenn er die Erbschaft mit seinem Vermögen so vermischt, daß der wahre Betrag derselben nicht mehr zuverlässig auszumitteln ist: so steht dem Erben das juramentum in litem zu[15]). b) Von dem redlichen oder unrechtfertigen Besitzer der Erbschaft gelten die allgemeinen Grundsätze (§. 239, II, 3). Ist er juris possessor, d. i. wenn er die Erbschaft ganz oder zum Theil gegen Entgelt veräußert hat: so muß er den empfangenen Preis herausgeben, doch hat er dabei das beneficium competentiae[16]). Unentgeltlich veräußerte Stücke hat er nicht zu ersetzen, dagegen hat der Empfänger die Sache oder den Vortheil davon, soweit er noch im Besitze ist, an den Erben herauszugeben[17]). III. Auch der Grundsatz des R. R. bezüglich auf die Verjährung gilt nach Pr. R.: gegen die hereditatis petitio, als eine actio perpetua, findet nicht die praescriptio longi temporis (10- beziehlich 20jährige Verjährung) statt, wie gegen die Vindikations-

---

13) L. 19, §. 3, L. 11 D. eodem. — Paulus I, 13, §. 10.

14) I, 9, §§. 486, 492.

15) §§. 457—459 das. — L. 25, §§. 9, 10 D. eodem.

16) §§. 494, 495, 497—499 a. a. O. — L. 16, §. 1, L. 28 D. eod.

17) §. 496 a. a. O. Die hereditatis petitio hat darnach die Natur der condictio sine causa neben der reivindicatio. S. o. §. 642, S. 387.

klage; sondern nur die 30jährige Verjährung[18]). IV. Die Erbschaftsklage ist als ein Präjudizium andern Klagen, welche der Erbe gegen Andere oder Andere gegen den Erben gebrauchen können, präjudizirlich. Deshalb gelten folgende Sätze: 1. Die Legatarien müssen, wenn der Intestaterbe mit der Erbschaftsklage gegen das Testament auftritt, die rechtskräftige Entscheidung der Sache abwarten[19]). Das Urtel gilt für und wider alle Legatarien, daher dürfen sie auch accessorisch interveniren und das Testament vertheidigen helfen; sie dürfen auch, wie jeder Interventionsberechtigte, allein appelliren[20]). 2. Die Erbschaftsgläubiger sind nicht schuldig zu warten und können ihre Klage gegen den Erbschaftsbesitzer, oder, wenn die Erbschaft in gerichtlicher Gewahrsam ist, gegen den Nachlaßkurator, oder, wenn ein solcher nicht vorhanden, gegen beide streitende Parteien anbringen und die Exekution in die Erbschaft vollstrecken lassen[21]). 3. Gegen die Erbschaftsschuldner und Besitzer einzelner Sachen kann der Erbschaftsbesitzer, um Nachtheilen, z. B. der Verjährung, zuvorzukommen, gleichfalls klagen[22]), doch werden diese Schuldner, wenn nicht der Besitzer durch den Richter eingewiesen und dadurch rechtmäßig zum Verwalter eingesetzt worden ist, ein Depositionsgesuch begründen können (§. 579).

---

18) L. 7 C. eod.; L. 4 C. in quibus causis cessat (VII, 34); L. 3 C. de praescript. XXX (VII, 39). — Vergl. A. L. R. I, 9, §. 494 und Anh. (zu I, 12, §. 217) §. 39, verb. mit II, 18, §§. 847, 852.

19) I, 12, §. 295. Nach der Verordnung Justinian's, L. 12 pr. C. de hered. petit. (III, 31), hatten sie die Wahl, zu warten oder gegen Kautionsbestellung das Legat zu fordern.

20) §§. 298, 299 das. — L. 2, §. 1 D. de condict. ind. (XII, 6); L. 8, §. 16, L. 29 pr. D. de inoff. test. (V, 2); L. 5, §. 1, L. 14 pr. D. de appellat. (XLIX, 1).

21) I, 12, §. 248; I, 17, §§. 161—163; A. G. O. I, 20, §. 4; I, 7, §. 33a. — L. 12, §. 1, 2 C. de hered. pet. — Nach älterem R. fand die exceptio ne fiat praejudicium statt, welche Justinian abgeschafft hat.

22) L. 49, L. 25, §. 17 D. de hered. pet. (V, 2).

§. 875.

c) Einweisung in den Besitz (missio in possessionem).

Die aus dem R. R. beibehaltenen provisorischen Rechtsmittel sind: I. Das s. g. remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo [1]). Durch ein Edikt des Kaisers Hadrian wurde dem Testamentserben die Befugniß, die missio in possessionem von allen zur Zeit des Todes des Erblassers in der Verlassenschaft befindlichen körperlichen Sachen nachzusuchen, gegeben. Das Edikt hat Justinian aufgehoben aber nicht die Mission [2]). Nach seiner Bestimmung kann der Testamentserbe, der ein äußerlich fehlerfreies Testament, welches angegriffen wird, vorlegen kann, bei dem Erbschaftsrichter um die Einweisung in den Besitz der einzelnen Erbschaftsstücke, die aus einem rechtlichen Grunde noch in keines Andern Besitze sind, bitten. Dadurch wird über das Erbrecht nichts entschieden; dem Gegner steht der Gebrauch der Erbschaftsklage frei [3]). Das Pr. R. gestattet unter derselben Voraussetzung die Einweisung des Testamentserben in den Besitz, doch nicht, wie das R. R., in den Besitz der einzelnen Stücke, sondern in den „der Erbschaft" [4]). Diese Einweisung kann auf einseitigen Antrag erfolgen. Wenn aber mehrere Prätendenten den Besitz fordern, muß es zwischen ihnen zur Verhandlung kommen, wobei lediglich die äußere Form des Testaments und, wenn mehrere Testamente zum Vorscheine kommen, das Alter eines jeden in Betracht kommt, denn der in dem spätern Testamente eingesetzte Erbe soll den Vorzug haben [5]). In diesem Falle muß ein ordentliches Erkenntniß ergehen, gegen welches keine Appellation stattfindet [6]). Durch eine kurze Verjährung ist das Rechtsmittel

---

1) Paulus III, 5, §§. 14—18. — Tit. C. VI, 33.

2) L. 3 C. eodem.

3) L. 1 C. ubi de hereditate (III, 30).

4) I, 12, §. 244. Das ist etwas ganz Anderes; daraus entsteht eine juris possessio.

5) §. 245 a. a. O. Das Verfahren ist das Possessorium.

6) A. G. O. I, 31, §. 18. — L. 7 pr. D. de appell. recip. (XLIX, 5); L. 6 C. quorum appellationes non recip. (VII, 65).

nicht ausgeschlossen[7]). Die Einweisung soll, wenn das Recht des Gegners einigermaßen bescheinigt ist, nach einem gerichtlich aufzunehmenden Inventarium geschehen; andere Sicherheitsmaßregeln kann der Erbschaftsprätendent nur unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags fordern[8]). II. Die missio in bona ventris nomine[9]): Zum Vortheile eines Ungebornen, welcher, wenn er geboren wäre, Erbe sein würde, wird Besitz von der Erbschaft genommen, bis es gewiß ist: ob ein solcher Erbe vorhanden ist oder nicht. 1. Die Voraussetzungen sind: a) es muß eine schwangere Frau[10]) vorhanden sein; b) sie muß aus einer rechten Ehe schwanger sein; c) der Ungeborne muß in einem solchen Verhältnisse zu dem Erblasser stehen, daß er Dessen unmittelbarer Erbe sein würde, wenn er lebensfähig geboren wäre. 2. Die Wirkungen sind: a) Der der Leibesfrucht zu bestellende Kurator erhält den Besitz und die Verwaltung des Nachlasses, indem er zugleich zum Nachlaßkurator bestellt wird[11]). Sind mehrere gleich nahe Erben, welche von der Leibesfrucht, wenn sie lebendig geboren würde, nicht ausgeschlossen werden, vorhanden: so haben Diese, nach R. R., neben dem Kurator, die bonorum possessio; nach Pr. R. aber können sie selbst die Verwaltung des Nachlasses übernehmen, müssen aber den Kurator der Leibesfrucht zuziehen[12]). b) Die Verpflegungskosten der Leibesfrucht und deren Mutter werden in beiden Fällen aus der Erbschaft genommen und nicht zurückerstattet, wenn auch die Frucht nicht lebendig geboren wird[13]). 3. Die Maßregel hört auf, wenn die Geburt erfolgt ist oder es gewiß geworden, daß keine erfolgen werde[14]).

---

7) Die frühere Beschränkung auf 1 Jahr, nach **Paulus**, l. c. §. 16, ist durch die **L. 3 C. de edicto D. Hadriani** (VI, 33) beseitigt, und nach Pr. R. verjähren die Besitzklagen überhaupt nicht in einer bestimmten kurzen Zeit. S. o. §. 185, III, 2.

8) I, 12, §§. 246, 247. Vergl. L. 3 C. l. c.

9) I, 9, §§. 371—381. — Tit. D. de ventre in posses. mitt. (XXXVII, 9).

10) Sie muß just nicht die Wittwe des Erblassers, sie kann auch Dessen geschiedene Frau sein; es können selbst mehrere schwangere Frauen vorhanden sein: eine geschiedene und die Wittwe des Erblassers und eben soviel auch von vorverstorbenen Söhnen Desselben.

11) §§. 372—374 a. a. O. — L. 1, §§. 17, 21, 22, 26 D. eod.

12) §§. 378, 379 das. — L. 7, §. 2 D. eodem.

13) §. 381 das. — L. 1, §§. 19, 28, L. 3, 9 D. eodem.

14) §§. 371, 375, 380 das. — L. 1, §. 27 D. eodem.

2. Verhältniß der Miterben unter sich.

A. L. R. I, 17, §§. 115–168. — A. G. O. I, 46. — Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbtheilungsklage. Leipzig, 1793.

§. 876.

a) Natur der Gemeinschaft.

Das Recht eines Jeden von mehreren Miterben ist durch das des Andern beschränkt, Jeder hat einen ideellen Theil des Ganzen, nicht so auch an jedem einzelnen darin enthaltenen Gegenstande. Auf diese Weise entsteht unter mehreren Erben eine zufällige Gemeinschaft (§§. 664, 669), welche, ohne Unterschied des Delationsgrundes, immer die nämliche gegenseitige Obligation auf Auseinandersetzung unter den Miterben erzeugt. Die Auseinandersetzung kann gerichtlich oder außergerichtlich geschehen. Die außergerichtliche Auseinandersetzung (§. 669) hat die Natur eines Vergleichs oder Innominatkontrakts, aus welchem die actio praescriptis verbis stattfindet [1]). Zum Behufe der gerichtlichen Theilung dient das judicium oder die actio familiae erciscundae, in welchem der Richter nach R. R. freie Gewalt hatte, nach seinem Ermessen durch Adjudikation und Kondemnation die Gemeinschaft aufzuheben, nach Pr. R. aber ein anderes Verfahren vorgeschrieben ist (§. 670), welches in der Praxis als Nachlaßregulirung bekannt ist und, wenn ein Ehegatte konkurrirt, „Auseinandersetzung" heißt [1a]).

b) Gerichtliche Erbtheilung.

§. 877.

aa) Natur und Bedingungen des Rechtsmittels.

I. Die Erbtheilungsklage ist eine persönliche und entsteht aus der durch die Gemeinschaft gegründeten vertragsähnlichen Obliga-

---

1) L. 23 C. fam. ercisc. (III, 36); Schles. Arch. Bd. II, S. 1 flg.
1a) II, 18, §§. 34–36, 414, 970, 972, 973. — Tit. 46 der Pr. O.

tion[1b]), welche zuletzt auf dem Erbrechte beruhet, daher diese Klage, wie die übrigen Theilungsklagen (§§. 664, 670), eine actio mixta genannt wird[2]). Das Verhältniß der Parteien ist das eines jeden judicium duplex: jeder Betheiligte ist Kläger und Beklagter zugleich, ohne Rücksicht darauf: ob Einer und wer von ihnen die Erbschaft ganz oder zum Theil besitzt[3]); daher kann es nicht durch bloße Verurtheilung oder Abweisung eines Theils erledigt werden[4]). Ein jeder auf einen Theil des Ganzen berufene Miterbe kann das Verfahren in Antrag bringen; wer solches thut heißt Provokant[5]). Im Pr. Erbregulirungsverfahren ergeht bloß über einzelne streitige Punkte richterliche Entscheidung, auf Grund welcher dann der Erbrezeß abgefaßt und von den Erben wie ein Vertrag vollzogen wird[6]). Wird die Genehmigung und Unterzeichnung verweigert, so muß noch darüber verfahren und erkannt werden. Sachgemäß kann hier bloß darüber erkannt werden: ob der entworfene Erbrezeß zu vollziehen (auszuführen), oder die Theilung nach dem Begehren der Widersprechenden anders zu bewerkstelligen; die Praxis geht jedoch dabei sehr unbeholfen zu Werke. Ueberhaupt aber ist das Theilungsverfahren zwischen uneinigen Erben dadurch, daß nicht mehr der Richter die Theilung selbst, versteht sich mit Berücksichtigung der Vereinbarungen und Wünsche der Parteien, nach seinem Ermessen, in Form eines Urtels auszusprechen hat, sehr weitschweifig, langwierig und verworren geworden. II. Das Erbrecht und die Unstreitigkeit desselben so wie der Antheile sind Bedingungen der Theilnahme an dem Verfahren. Wird also dem Provokanten das Erbrecht überhaupt oder der von ihm in Anspruch genommene Antheil bestritten, so muß solches zuvörderst durch die hereditatis petitio rechtskräftig ausgemacht werden und das Theilungsverfahren ruhet bis dahin[7]), wegen der exceptio ne praejudicium fiat (exc. prae–

1b) §. 4 J. de obligat. quae quasi ex contractu (III, 28).

2) §. 20 J. de actionibus (IV, 6).

3) L. 25, §. 2 D. familiae erciscundae (X, 2).

4) L. 2, §. 3, L. 44, §. 4, L. 27 D. eodem.

5) I, 17, §. 117. — A. G. O. I, 46, §§. 8, 9. — L. 43 D. eodem.

6) §§. 15—17, 20, 22, 25 a. a. O.

7) I, 17, §. 166; A. G. O. I, 46, §§. 2—4. — L. 1, §. 1 D. eodem.; L. 7 D. si pars hereditatis petatur (V, 4).

judicialis). Wird das Erbrecht nicht bestritten, so ist damit dasselbe noch nicht unabänderlich anerkannt, vielmehr ist, wenn sich späterhin zeigt, daß der eine Theilnehmer nicht Erbe, das ganze Verfahren ungültig [8]). Vollständig läßt die Gemeinschaft sich nur mit Zuziehung aller Miterben aufheben; dies hindert jedoch nicht, das Judizium gültig zu verhandeln, ohne daß sich Alle einlassen [9]), die Folge ist nur, daß der übergangene Miterbe später gegen die Uebrigen das Judizium von Neuem anbringen kann [10]). Das Verfahren kann sich, der Kürze wegen, auch auf mehrere Erbschaften derselben Parteien beziehen, wenn auch bei der Einen oder der Andern noch Dritte als Miterben interessiren [11]).

§. 878.

bb) Gegenstand.

Die Theilungsklage hat zwei Hauptgegenstände: die Theilung der einzelnen Sachen und Rechte, und persönliche Leistungen [12]). Gegenstand der Theilung aber ist nur der eigenthümliche Nachlaß des Erblassers, fremdes Eigenthum kann nicht hineingezogen werden [13]). Eine Ausnahme davon macht die Kollation. Ausgeschlossen von der Theilung bleiben auch Urkunden, welche sich nicht ausschließlich auf einzelne Stücke beziehen, solche bleiben gemeinschaftliches Eigenthum, aber in Gewahrsam Desjenigen, dem der größte Antheil an der Erbschaft zufällt, oder, bei gleichen Antheilen, Desjenigen, den das Loos bestimmt [14]). Die wirkliche Theilung ist sonach durch Ausscheidung des Fremden oder Untheilbaren und Heranziehung der Konferenda vorzubereiten.

---

8) L. 36, 37 D. famil. erciscundae (X, 2).

9) I. 17, §. 167. — L. 2, §. 4 D. eodem.

10) L. 44, §. 2 D. eodem.; L. 17 C. eod. (III, 36).

11) L. 25, §§. 3—5 D. eod. — Kommt in der Praxis oft vor, besonders wenn ein Miterbe vor der Theilung stirbt, in welchem Falle man beide Erbschaften in Einem Judizium zu theilen pflegt.

12) L. 22, §. 4 D. eodem.

13) I, 9, §. 353. — L. 53 D. eodem. In Ansehung fremder Stücke hat die Adjudikation keine Wirkung. Deshalb haben die Miterben einander Gewähr zu leisten.

14) I, 17, §§. 124, 125. — L. 5, 6 D. eodem.

cc) Theilung der einzelnen Stücke.

§. 879.

α) Ausscheidung des Fremden.

Als fremde Gegenstände sind auszusondern: 1. Lehen und Fideikommisse, welche von Seiten des Berechtigten nicht eigenmächtig in Besitz genommen werden dürfen, vielmehr nur aus den Händen des Erben gegen Erlegung dessen, was dem Erblasser davon für Verwendungen, rückständige Nutzungen, Früchte und dergl. zusteht und welches Alles zu seiner Erbschaft gehört, empfangen werden können [1]. 2. Die zum Heergeräthe, zur Gerade oder Niftel gehörigen Stücke, wo dergleichen Singularsuccessionen nach Provinzialrechten oder Statuten vorkommen [2]. Das A. L. R. hat zum Behufe der Auslegung dunkler Vorschriften solcher Partikularrechte [3]) folgende Bestimmungen: a) Heergeräthe begreift Sachen eines Mannes zu seinem persönlichen Gebrauche, namentlich: das beste Pferd; den im gewöhnlichen Gebrauche gewesenen Degen; einen vollständigen Anzug; ein Bette nächst dem Besten, bestehend in Ober- und Unterbette, Pfühl, zwei Kopfkissen, Ueberzug und Laken; ein Tischtuch mit drei Servietten; zwei Schüsseln von gemeinem Metall; Das was der Erblasser im Felde oder in der Garnison im Dienste gewöhnlich gebraucht hat [4]. Nur eine Mannsperson kann Heergeräthe hinterlassen und zwar seinem nächsten männlichen Verwandten von männlicher Seite. Es ist untheilbar; von mehreren gleich Nahen fällt es an Denjenigen, welcher in vaterländischen Kriegsdiensten steht; sonst an den Aeltesten. Geistliche in einem wirklichen Kirchenamte hinterlassen und erben keine Heergeräthe [5]. b) Die Niftelgerade enthält

---

1) I, 9, §§. 354—358. — II, 1, §. 501.

2) II, 1, §§. 502, 539. Ist als obsolet zu betrachten.

3) §§. 536—538 a. a. O. Dieser Titel de significatione verborum gilt also für jedes Partikularrecht.

4) §§. 523, 524 das.

5) §§. 503—507 das. — Witte, Intestat-Erbrecht, S. 219.

Weibersachen, namentlich: die allein zum weiblichen Gebrauche gewidmeten Geräthe, Kleidungsstücke, Wäsche, Kostbarkeiten (Schmuck und Geschmeide), sofern sie nicht vom Manne herkommen und für geliehen gelten, nebst den Behältnissen; Alles was zu weiblicher Leibwäsche oder Kleidungsstücken zugeschnitten, in Arbeit gegeben oder genommen ist [6]). Niftelgerade verläßt eine Frauensperson ihrer nächsten weiblichen Verwandtin von weiblicher Seite. Mehrere gleich Nahe gehen in gleiche Theile. Zwischen den Linien ist nicht unterschieden, es konkurrirt mithin die Mutter mit der Tochter der Erblasserin, und die Schwester mit der Enkelin [7]). Eheliche Töchter schließen die unehelichen, diese aber alle entferntere Verwandtinnen aus [8]). c) Wittwen-Gerade oder volle Gerade ist Das was die Wittwe als Ersatz für eingebrachte Mobilien oder deren Verringerungen aus dem Nachlasse des Mannes nimmt, und begreift alle vorhin genannten Sachen, und außerdem die zum täglichen Gebrauche bestimmten Mobilien; alle Arten von Leinwand, verarbeitet und unverarbeitet, auch Flachs und Garn, sofern diese Sachen zum Wirthschaftsgebrauche bestimmt sind; die Vorräthe an Eßwaaren für die Wirthschaft; bei Adligen die im persönlichen Gebrauche der Eheleute gewesene Kutsche und Pferde [9]). d) Heergeräthe, Gerade und Niftel können nicht durch Verfügungen von Todeswegen entzogen, wohl aber durch Veräußerungen unter Lebendigen geschmälert oder vereitelt werden [10]). e) Das Recht dieser Singularsuccessionen und die darunter begriffenen Sachen werden nicht ipso jure erworben, sondern müssen binnen Jahresfrist vom Anfalle an gerechnet, bei Verlust derselben, durch gerichtliche Anmeldung der Forderung besonders erworben werden [11]). f) Wer entweder nach seinen per-

---

6) §§. 525—528 a. a. O.

7) §§. 509, 510 das. — A. M. ist Witte a. a. O. S. 218.

8) §. 511 das. Das Uebergehen der Mutter der Erblasserin bei dieser Bestimmung ist ein Argument für Witte's Meinung. Sollte die Großmutter mit ihren Enkelinnen konkurriren, so hätte sich hierbei wol eine nähere Bestimmung erwarten lassen. Uebrigens ist die ganze hypothetische Vorbestimmung todt, sie mag in dem vergangenen halben Jahrhunderte noch nicht Einmal angewendet worden sein.

9) §§. 508, 528—535 das. — Witte a. a. O. S. 95.

10) §§. 513—516 a. a. O.

11) §. 517 das. Der Grund ist, weil der Anspruch sich auf ein Forderungs-

sönlichen Zuständen oder nach den Rechten seines Wohnorts Heergeräthe oder Niftel nicht verlassen kann, kann auch dergleichen von Andern nicht ziehen; sie fallen dann nicht dem Nächsten zu, sondern bleiben im Nachlasse; fällt aber bei der Niftel von mehreren gleich Nahen nur Einer aus, so tritt das Anwachsrecht ein[12]). g) Die Schulden gehen vor, ist dadurch die Erbschaft erschöpft, so findet nicht Heergeräthe, Niftel noch Gerade statt[13]). 3. Der Erbschatz[14]). 4. Das eigenthümliche Vermögen des überlebenden Ehegatten, außer dem Falle der ehelichen Gütergemeinschaft[15]). 5. Die Schulden, welche nach Pr. R. wie fremdes Gut von der Masse abgerechnet und ausgewiesen werden müssen[16]).

β) Kollation.

A. L. R. II, 2, §§. 303—347, 359—365. — Witte, über die Kollation nach Pr. Landrecht; in der Jur. Wochenschrift v. 1837, S. 89 flg. Als Viertes Buch, Kapitel 1 im Intestaterbrechte, S. 222 flg. — Franke, civilistische Abhandlungen, Gött. 1826, S. 174 flg. und dazu Zimmern, in Schunk's Jahrbüchern der juristischen Literatur, Bd. VI, S. 41 ff. — Fein, das Recht der Kollation, Heidelberg 1842. Dazu v. d. Pfordten in Richter's und Schneider's kritisch. Jahrbüchern, Bd. VIII, S. 865.

§. 880.

αα) Geschichtliches.

I. Die Kollation im R. R. ist von dem Prätor mit der Berufung des Emanzipatus zur bonorum possessio zugleich eingeführt worden und hat ursprünglich eine andere Bedeutung als im Justinian'schen R. Das Kind in väterlicher Gewalt (der suus) erwarb nicht sich sondern dem Vater, wogegen der Emanzipatus

---

recht auf bestimmte Sachen zurückführen läßt, welche erst ausgemittelt werden sollen.

12) §§. 518—521 a. a. O.

13) §. 522 das. Eben weil die Sachen nicht von selbst dem Berechtigten gehören und sein Forderungsrecht den Gläubigern nachsteht.

14) §§. 540—542 a. a. O. Ist ebenfalls etwas ganz Todtes.

15) §§. 543—617 das.

16) §§. 618—620 das. — I, 17, §§. 127—130. — S. o. §. 521.

seine Erwerbungen für sich behielt. Dagegen wurde dieser aber auch von dem Suus bei der Succession in den väterlichen Nachlaß ausgeschlossen. Als nun der Prätor bei der Succession ab intestato und contra tabulas den Emanzipatus neben dem Suus berief und dadurch gewissermaßen zu dessen Vortheil die Emanzipation als nicht vorhanden behandelte, wollte er ihn nicht in einen bessern Zustand, als in welchem der Suus war, setzen, und zu diesem Zwecke verordnete er, daß der Emanzipatus, wenn er die bonorum possessio agnoszire, in den väterlichen Nachlaß einwerfe, Was er nach der Emancipation erworben hatte und dem Vater erworben worden sein würde, wenn er nicht emancipirt gewesen wäre. Auch Das, was ein Kind von dem Vater selbst erhalten hatte, selbst Geschenke, nicht weniger die der Tochter gegebene Dos [1]) und die für den Sohn gegebene donatio ante nuptias [2]), mußte conferirt werden. Es gab also zwei Fälle der Kollation: die des Emanzipirten und die des vom Aszendenten begabten Deszendenten. Die Erstere fiel von selbst weg, sobald das Kind in väterlicher Gewalt nach Justinian's Verordnung für sich selbst erwerben konnte; und die Letztere ist die Grundlage der im heutigen R. R. vorkommenden Kollation [3]). 1. Justinian verordnete [4]), daß jeder Deszendent, welcher erben wolle [5]), sei es ex testamento oder ab intestato, zum Vortheile eines jeden andern Deszendenten, nicht aber eines andern Erben, Alles in die Masse einwerfen müsse, was er von dem Erblasser mit Rücksicht auf die künftige Erbschaft erhalten habe. Darnach kommt es auf die Absicht des Gebers an. Ist dieselbe nicht erklärt worden, so hängt die Frage: ob eine gewisse Zuwendung konferirt werden solle, von der Willensauslegung ab. Justinian giebt die Regel: daß Alles konferirt werden soll, was auf die Legitima angerechnet werden kann [6]). Dahin gehört die Dos, die donatio propter

---

1) L. 4, 12 C. de collat. (VI, 20); L. 1 pr., L. 9 D. de dotis collat. (XXXVII, 7).

2) L. 17 C. de collat. (VI, 20); L. 29 C. de inoff. test. (III, 28).

3) L. 20, 21 C. de collationibus.

4) L. 19, 20 C. eod. — Novelle 18, c. 6.

5) L. 25 C. familiae erciscundae (III, 36).

6) L. 20 pr. C. de collationibus.

nuptias, Alles was zum Ankaufe einer Militia gegeben worden, simple Geschenke in den zwei Fällen, wenn es der Geber bestimmt hatte und wenn von den konkurrirenden Deszendenten der Eine ein einfaches Geschenk erhalten und ein Anderer eine Dos oder donatio propter nuptias konferiren mußte. Legate und Schenkungen von Todeswegen sind streitig. Aus diesen Fällen hat man die Regel gezogen: daß alles Das, was wegen eines Umstandes, der den Geber veranlaßt, das Erbtheil voraus zu geben, in der Absicht gegeben worden ist, um als Kapital erhalten zu werden [7]), zu konferiren. In jedem besondern Falle hat das richterliche Ermessen zu entscheiden. 2. Da die Kollation in der Einwerfung der dazu geeigneten Gegenstände in die Erbschaft bestand, so folgte, daß nur Das, was zur Zeit des Todes des Erblassers noch wirklich vorhanden, einzuwerfen war; nur dolose verursachte Verluste mußten ersetzt werden [8]). 3. Der Konferirende hatte die Wahl: ob er den Gegenstand selbst zur Theilung bringen, oder sich den Werth anrechnen lassen wollte [9]). II. Nach deutscher Rechtssitte ist die Absonderung der Kinder und die Vertheilung der künftigen elterlichen Erbschaft unter die Kinder, bei Lebzeiten der Eltern, von Alters hergebracht und besonders in den Gutsabtretungsverträgen noch jetzt häufig in Gebrauch. Dabei ist Regel, daß ein abgeschichtetes Kind, neben unabgefundenen Kindern, in die elterliche Erbschaft anders nicht succediren kann, als wenn es sich das bei Lebzeiten des Erblassers auf Abschlag seines Erbtheils Empfangene anrechnen läßt. Aus dieser Ansicht folgt, daß es nicht auf das zur Zeit des Erbanfalls noch Vorhandene, sondern auf das Empfangene ankommt [10]).

---

7) Daher werden z. B. Alimente, Studirkosten, Reisekosten und dergl. nicht konferirt. L. 50 D. famil. ercisc. (X, 2).

8) L. 6 C. de collat. (VI, 20); L. 1, §. 23, L. 2, §. 2 D. eod. (XXXVII, 6).

9) L. 1, §. 12 D. eodem.

10) Sächs. Landr. Bd. I, Art. 13 und Art. 5, §. 2. — Witte, Intestaterbrecht, S. 223.

§. 881.

ββ) Preußisches Recht.

Auf dem deutschen Grundsatze beruhet die landrechtliche Gesetzgebung [11]). Nach demselben gelten folgende Regeln: 1. Jeder Deszendent, welcher neben Deszendenten einen Aszendenten beerben will, muß konferiren, und jeder Deszendent hat auch Anspruch gegen den Andern auf die Kollation; ein anderer Miterbe, namentlich der hinterbliebene Ehegatte, hat in keinem Falle die Kollation zu fordern [12]). 2. Konkurriren Enkel oder noch entferntere Abkömmlinge, so konferiren die Linien sich in gleicher Weise wie die Kinder ersten Grades. Enkel müssen Das, was ihr Vater oder ihre Mutter, hätten sie Theil genommen, würden zu konferiren gehabt haben, konferiren, wenn sie auch nicht deren Erben geworden [13]); desgleichen müssen sie konferiren, was sie unmittelbar von dem Erblasser erhalten haben, vorausgesetzt, daß sie damals bereits Dessen unmittelbare Erben waren, wogegen das ihnen noch bei Lebzeiten ihres unmittelbaren Parens Gegebene weder Diesem noch ihnen selbst, zum Vortheil der übrigen Linien, angerechnet werden kann [14]). In den Linien selbst (unter den Enkeln) geschieht die Ausgleichung hinsichtlich Dessen, was die Enkel unmittelbar erhalten haben und ihre Linie, den andern Linien gegenüber, solchergestalt konferiren muß, ebenso als wenn der begabte Enkel die Gabe von seinen unmittelbaren Eltern er-

---

11) II, 2, §§. 303, 306, 312. — Suarez, amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 141.

12) §§. 323—326 a. a. O. Der §. 326, wonach eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau, wenn der Mann seine Kinder aus früheren Ehen ohne Einwilligung der Frau über das Nothwendige (reichlich) ausgestattet hat, und wenn das gemeinschaftliche Vermögen nach dem Tode des Mannes nicht mehr so viel beträgt, daß die Frau ihr Eingebrachtes zurückerhalten kann, von den ausgestatteten Kindern das Fehlende aus Dem, was sie über die Nothdurft an Ausstattung erhalten haben, zurückfordern kann — diese Bestimmung begründet durchaus keinen Kollationsanspruch, sondern ein Revokationsrecht wegen der mangelnden Einwilligung der Frau zu den freigebigen Verfügungen. Vergl. II, 1, §. 382. Sehr gut darüber Witte, Intestaterbrecht, S. 229.

13) §. 362 a. a. O. Ist Folge des deutschen Prinzips. Gemeinrechtlich streitet man darüber. S. aber Witte a. a. O. S. 231. Vergl. o. §. 857 a. E.

14) §§. 359—361, 363, 364 a. a. O.

halten hätte; was der Linie nicht angerechnet werden darf, also z. B. Alles, was Enkel noch bei Lebzeiten ihrer unmittelbaren Eltern von den Großeltern erhalten haben, Das haben die Enkel auch nicht unter sich in ihrer Linie auszugleichen[15]). 3. Der Gegenstand der Kollation ist nicht nach einer allgemeinen Regel durch richterliches Ermessen zu bestimmen, sondern der Gesetzgeber selbst hat ihn generisch bestimmt. Darnach ist der Kollation unterworfen: a) Alles was von dem Erblasser zur Ausstattung gegeben worden, worunter Alles verstanden wird, was Kinder bei ihrer Verheirathung, bei Errichtung einer besondern Wirthschaft, bei Anstellung eines eigenen Gewerbes, oder bei Uebernehmung eines Amts von den Eltern erhalten haben. Was dahin zu rechnen, ist nicht ganz ausgemacht. Genannt sind: die Mitgabe der Töchter; ein aus dem Vermögen der Eltern bestellter Erbschatz; Ehevermächtniß; Gegenvermächtniß oder Witthum; die Kosten einer dem Kinde zu seiner Versorgung gekauften Präbende oder Rente; die Brautgeschenke; überhaupt Alles was von den Eltern zu dem Ende gegeben worden, damit das Kind in die Lage komme, seine Heirath zu vollziehen, oder die abgesonderte Wirthschaft, das Gewerbe oder Amt anzutreten[16]). Lehrgeld und Studienkosten, Kosten für Handwerkszeug, Bücher und dergl., werden wol einstimmig nicht dazu gerechnet, wiewohl sie ebenfalls zu dem Ende gegeben worden sind, um das Kind in den Stand zu setzen, das Gewerbe zu beginnen und das Amt anzutreten; aber doch möchte daraus nicht die Regel zu ziehen sein, daß die Zuwendungen unmittelbar bei jener Gelegenheit müssen gemacht worden sein; sie können ganz wohl schon voraus, wenn nur zu dem bestimmten Zwecke der Heirath oder der Niederlassung, geschehen[17]): dieser Zweck unterscheidet solche Verwendungen von

15) §. 365 a. a. O. Witte a. a. O. S. 230 versteht den §. 365 auch von Geschenken rc., welche Enkel noch bei Lebzeiten ihrer unmittelbaren Eltern von den Großeltern erhalten haben. Doch beruhet Das wol nur auf einem Irrthume; der §. 365 ist nicht ein Gegensatz von §. 364, sondern bestimmt nur diesen näher und kann mit ihm durch ein „und" in Verbindung gebracht werden.

16) §§. 303—305 a. a. O.

17) A. M. Witte a. a. O. S. 234. Die Ausstattung wird sogar in der Regel vor der Heirath, nicht erst bei der Heirath, und oft sogar lange vor der Heirath angeschafft; dennoch wird eine solche vorher angeschaffte Ausstattung oder die „zur Ausstattung" geschehene Anschaffung konferirt werden müssen.

Jenen, welche die Unterweisung oder Verschaffung der persönlichen Fähigkeiten zu einem künftigen Gewerbe oder Amte bezwecken. Auch wird Das, was auf das Aufgebot, die Trauung und auf das Hochzeitsmahl (die Ausrichtung) verwendet worden, als zur Ausstattung gehörig, zu konferiren sein, weil Alles dazu gerechnet werden soll, was die Kinder „bei der Verheirathung" und „zu dem Ende um die Heirath zu vollziehen," erhalten[18]. Nach der Fassung der landrechtlichen Bestimmung muß auch die von den Eltern bestrittene erste Equipage eines Offiziers, wodurch er in den Stand kommt, seinen Offizierdienst anzutreten, nicht aber die Unterstützung und Beihülfe kollationspflichtig sein. b) Solche Geschenke, welche in Grundstücken, Gerechtigkeiten und Kapitalsforderungen, wozu also auch die dem Geschenknehmer verschaffte Forderung an den Schenker selbst (Schenkungsversprechen) zu rechnen, so wie darunter auch die auf jeden Inhaber lautenden öffentlichen Geldpapiere begriffen sind, bestehen[19]. c) Alles was außerdem der Geber der Kollation unterworfen hat. Die Form der Auflage ist verschieden nach der Zeit. Wird die Auflage bei der formlosen Hingabe gemacht und angenommen, so ist das Geschäft eine datio ob causam oder donatio sub modo (§. 611, III) und die mündliche Rede genügt wie bei allen von einer Seite erfüllten Verträgen (Realkontrakten); soll aber die Kollationspflicht hinterdrein aufgelegt werden: so kann es nur unter Angabe des Betrags in einer divisio parentum inter liberos geschehen, wenn nicht eine andere letztwillige Verordnung beliebt wird[20]. d) Die Abfindung (§. 843) wird immer konferirt[21]. 4. Der Werth der

---

18) §§. 303, 305 a. a. O. — A. M. Witte a. a. O. S. 235. — Bemerkenswerth ist, daß, wenn bei den Güterabtretungen der Uebernehmer die Ausstattung seiner Schwestern übernimmt, dazu auch das Hochzeitsmahl, nicht selten sogar mit Angabe der Personen- und Schüsselzahl oder des einzuschlachtenden Viehes, der anzuschaffenden Getränke u. s. w. gerechnet wird, — ein Beweis, daß man diese Ausgabe als mit zur Ausstattung gehörig ansieht.

19) §§. 327—329, 308 a. a. O. — Witte a. a. O. S. 240. Pr. 1317a, vom 19. Juni 1843.

20) §§. 386—388 das.

21) §. 376 a. a. O. Dazu ist in dieser Beziehung auch Das zu rechnen, was Eltern bei ihren Gutsverkäufen von den Kaufgeldern den Kindern zuschreiben lassen. Vergl. §. 843, II, 1 und Note 16 dazu.

nicht in Geldsummen oder ausstehenden Forderungen, die nach dem Nennwerthe gerechnet werden[22]), bestehenden Konferenda wird nach der Zeit der Zuwendung bestimmt, daher auf Verringerungen oder Verluste, aber auch auf Nutzungen und Zinsen nicht gesehen wird[23]). Eine Ausnahme machen Mobilien, wenn sie ohne Werthsbestimmung gegeben worden sind: solche werden nur nach dem Werthe, welchen sie zur Zeit der Erbtheilung wirklich haben, angeschlagen, und auf Stücke, die ohne grobes Versehen des Kindes untergegangen oder verloren sind, wird nicht Rücksicht genommen[24]). Hat der Geber den Werth bestimmt, so behält es bei Mobilien dabei sein Bewenden[25]); bei Grundstücken oder Gerechtigkeiten aber ist zu unterscheiden. a) Ist die Werthsbestimmung zu hoch und das Kind hat den Gegenstand dafür einmal übernommen: so ist der Einwand, daß sie zu hoch sei, unstatthaft; ist aber der Werth nach der Uebernehmung einseitig bestimmt worden, so kann das Kind die Ausmittelung des wahren Werths verlangen und dann wählen: ob es den Gegenstand dafür behalten oder zur Masse zurückgeben und dann mit den Geschwistern gleich theilen wolle; in diesem Falle muß es Verringerungen gleich einem redlichen Besitzer erstatten, Verbesserungen hingegen kann es nicht vergütet verlangen, sondern nur mit Verringerungen kompensiren[26]). b) Ist die Werthsbestimmung zu niedrig, so dürfen die Geschwister den wahren Werth ausmitteln lassen, und wenn sich findet, daß der bestimmte Preis noch nicht die Hälfte desselben erreicht: so muß der Empfänger die Hälfte des wahren Werths konferiren[27]). Diese geringere Werthsbestimmung muß, wenn die übrigen Kinder sie gelten lassen sollen, in der für Willenserklärungen im Allgemeinen vorgeschriebenen Form geschehen, ohne Unterschied, ob sie bei der Hingabe oder erst später einseitig ge-

---

22) §. 332 das. Oeffentliche werden nach dem Course zur Zeit des Empfanges berechnet.

23) §§. 333, 336, 306, 307 a. a. O.

24) §§. 345—347 das. Vorausgesetzt, daß der Geber nichts anderes bestimmt hat.

25) §. 345 a. a. O.

26) §§. 340—344 das. Im Falle der Rückgabe gewinnt es die Abnutzungen während der Besitzzeit.

27) §§. 338, 339 a. a. O. Der §. 338 hat einen Redaktionsfehler, statt „die Hälfte übersteigt," muß es das doppelte heißen.

troffen ist. Fehlt die Werthsbestimmung bei Grundstücken oder Gerechtigkeiten ganz, so wird der Werth nach dem Ertrage zur Zeit der Zuwendung, oder, wenn solcher nicht auszumitteln, nach dem Erwerbspreise angenommen; im letztern Falle können die Parteien Verbesserungen oder Verringerungen aus der Zwischenzeit von der Erwerbung bis zur Zuwendung nachweisen[28]). 4. Die Kollation geschieht auf die Weise, daß Jedes der Geschwister des Konferirenden aus der Erbmasse, soviel das Konferendum beträgt, vorweg nimmt und daß erst das Uebrige unter Alle zu gleichen Theilen getheilt wird; bleibt nichts übrig, oder reicht die Masse nicht zu, so scheidet der Konferirende ganz aus: in keinem Falle hat er das Mindeste zur Masse herauszugeben. Auf gleiche Weise wird verfahren, wenn mehrere Konferirende mit ungleichen Summen vorhanden sind: die größte Summe wird zunächst genommen, so daß die minder Ausgestatteten zuerst die erforderliche Zulage erhalten, um sie gleich zu machen, und die Unausgestatteten die ganze Summe; reicht dazu die Masse nicht hin, so scheidet der am Meisten Begünstigte ganz aus und es wird das nächst mindere Konferendum zum Grunde gelegt, u. s. w.[29]). Hiernach ist ein Konferendum durchaus kein Nachlaßaktivum, welches allen Erben gemeinschaftlich zustände und eingefordert werden könnte, vielmehr besteht es lediglich in einer gewissen Ausgleichungsart oder Rechnungsweise, welche ein Deszendent des Erblassers im Verhältnisse zu den Uebrigen, bei der Theilung der Verlassenschaft des Parens, sich gefallen lassen muß, und welche jeder Einzelne für sich allein gegen den Verpflichteten, mit der familiae erciscundae[30]), durchsetzen kann[31]). Daraus, daß ein Konferendum kein Bestandtheil der Erbschaft ist und die Kollation wesentlich in der Ausgleichung oder in einer eigenthümlichen Berechnung und Vertheilung der Nachlaßgegenstände besteht, folgt, daß die Erbschaftslasten und

28) §§. 333—335 das.

29) §§. 309—312 a. a. O. Pr. 1468b, vom 28. Juni 1844 (Entsch. X, 191).

30) A. G. O. I, 46, §. 20. — L. 1 pr. D. de dotis collatione (XXXVII, 7). Auch wurden dem, welcher die Kollation verweigerte, nach R. R. die actiones hereditariae versagt. L. 11, 12, 14 C. de collat. (VI, 20).

31) Der Grundsatz, daß Erbschaftsaktiva vor der Theilung nur von den Erben gemeinschaftlich eingezogen werden können, findet hierauf keine Anwendung. Pr. 1468a, vom 28. Juni 1844 (Entsch. X, 191).

Schulden nur nach der wirklichen Aktivmasse, und von jedem Einzelnen nach Verhältniß Dessen, was er daraus erhält, zu tragen sind, so daß ein Konferirender nur nach Maßgabe des bei der Erbtheilung wirklich empfangenen Betrags haftet, gleichwie er, wenn er Nichts erhält oder ausscheidet, für Schulden und Legate gar nicht verpflichtet ist[32]. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Kollation bei der Theilung der Verlassenschaft des Gebers, und nur bei Dieser geschieht, und daß folglich der Deszendent, welcher an der väterlichen Erbschaft nicht Theil nimmt, weil sein Konferendum mehr beträgt, als Jedes der übrigen Geschwister daraus erhalten kann, den Betrag, um welchen sein Konferendum die Summe des väterlichen Erbtheils der Geschwister übersteigt, später noch bei der mütterlichen Erbschaft zu konferiren nicht schuldig ist, soweit nicht aus dem mütterlichen Vermögen konferirbare Gegenstände gegeben worden sind[33].

§. 882.

γ) Theilung selbst.

Durch die Theilung werden die ideellen Antheile der Erben, nach den allgemeinen Grundsätzen (§§. 669, 670), in reelle Theile verwandelt; werden dabei einzelne Stücke übergangen oder vorbehalten, so können sie später, nach den Regeln der actio communi dividundo, getheilt werden; die Erbtheilungsklage kann wegen derselben Erbschaft nur einmal durchgeführt werden[34]. Zur Theilung kommen nicht bloß körperliche Sachen und dingliche Rechte, sondern auch die ausstehenden Forderungen (§. 523). Wird nicht jede Sache reell getheilt, sondern dem Einen Diese dem Andern eine Andere zugetheilt, so treten die Erben dadurch in das Verhältniß des Tausches; wird dem Einen Alles gegen Geldersatz an die Uebrigen zugewiesen, so gelten die Regeln vom

---

32) I, 11, §. 1133. — Witte a. a. O. S. 251.

33) Entsch. des Ober-Trib. Bd. X, S. 198. Bei Abfindungen kann es jedoch vorkommen. S. o. §. 843, I, 2, c.

34) L. 25, §. 20, L. 20, §. 4 D. famil. ercisc. (X, 2).

Kaufe[35]). Das Alleineigenthum entsteht durch das Akkreszenzrecht, indem die Abgefundenen ausscheiden; die Erwerbungsart bleibt daher unverändert die Ererbung.

§. 883.

dd) Persönliche Leistungen.

Die persönlichen Leistungen der Erben, welche mit in das Theilungsverfahren zu ziehen, sind: 1. Herausgabe oder Einwerfung der gezogenen Nutzungen[36]); 2. Ersatz des von jedem Erben aus grobem oder mäßigem Versehen (§. 469) an Erbschaftssachen verursachten Schadens; 3. Erstattung der von Jedem animo heredis verwendeten Kosten[37]). Ein jeder Miterbe, welcher im Besitze von Erbschaftssachen ist, hat zu diesem Ende ein Verzeichniß derselben beizubringen und, wenn nutzbare Sachen darunter sind, Verwaltungsrechnung zu legen; er wird dazu ohne Weiteres, sobald nur der Besitz unstreitig ist, durch Exekution angehalten[38]).

Zweites Kapitel.

Von den Rechten der Singular-Succession.

§. 884.

1. Rechte des Vermächtnißnehmers.

I. Im ältern R. R. war in Hinsicht der Rechtsmittel ein Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen, und bei den Legaten zwischen den Formen. Justinian hat beide Hauptarten der Singularsuccessionen und die verschiedenen Vermächtnißformen zu Einem Institute verschmolzen und angeordnet, daß mit jeder Art und Form alle früheren Wirkungen verbunden sein sollten[1]).

---

35) L. 25, §. 21 D. eod. — L. 14 C. eod. (VI, 20).
36) L. 19, L. 44, §. 2, L. 56 D. eod.; L. 9 C. eod. (VI, 20).
37) L. 25, §. 15, L. 39 pr., L. 49 D. eod.; L. 18, §. 1 C. eod.
38) A. G. O. I, 46, §§. 7, 10.
1) L. 1, 2 C. communia de legatis (VI, 43).

Folge war eine actio in personam[2]), und bei vermachten bestimmten Sachen und Rechten auch eine actio in rem[3]). 1. Die letztere ist immer Diejenige, welche mit dem Gegenstande des Vermächtnisses selbst verbunden ist. Nach Pr. R. gilt ein Gleiches[4]). 2. Die persönliche Verbindlichkeit wird als eine obligatio quasi ex contractu[5]), und die dadurch begründete Klage als eine actio personalis ex testamento, auch actio legati bezeichnet[6]), und bezieht sich auf solche Vermächtnisse, deren Gegenstand nicht eine bestimmte Sache oder ein solches Recht ist. 3. Zur Sicherheit dieser Obligation gab Justinian dem Legatar noch eine gesetzliche Hypothek[7]). Auch diese findet sich im Pr. R. in der ihm eigenthümlichen Bedeutung, d. h. als Titel zur Hypothek, wieder, so daß der Vermächtnißnehmer, auch ohne besondere Einwilligung des Erben, seine Forderung auf Dasjenige, was nach Abzug der Nachlaßschulden übrig bleibt, also mit Vorbehalt der Rechte der jedenfalls vorgehenden Nachlaßgläubiger, auf die im Nachlasse befindlichen Grundstücke und Hypotheken einschreiben lassen kann[8]), so lange der Erbe den Nachlaß den Gläubigern und Legatarien nicht zu ihrer Befriedigung überliefert hat. Dieser Titel zur Hypothek steht überhaupt wegen jeder Forderung aus einem Vermächtnisse, im Gegensatze zu einer vermachten Sache oder einem dinglichen Rechte, zu, dergestalt daß der Legatar auch wegen des Werths der Sache oder des Rechts, insofern der Erbe solchen leisten muß, sowie wegen der Nebenverbindlichkeiten (Zinsen, Schäden und Kosten), jene Sicherheit nehmen kann[9]). 4. Bei

---

2) Gajus II, §§. 204. 213.

3) Gajus II, §§. 194, 222.

4) I, 12, §§. 288, 301, 305, 314.

5) §. 5 J. de oblig. quae quasi ex contr. (III, 28).

6) L. 75 D. ad legem Falcidiam (XXXV, 2).

7) L. 1 C. communia de leg. (VI, 43); §. 2 J. de leg. (II, 20).

8) I, 12, §. 290. Der Vorbehalt der Rechte der Nachlaßgläubiger bei solcher Eintragung versteht sich von selbst, so daß der Cessionar der Hypothek unter Berufung auf den Glauben des Hypothekenbuchs die Gläubiger nicht ausschließen kann, indem ihm der Inhalt des Instruments die Beschaffenheit der Forderung zeigt.

9) Ebend. §. 291.

eintretender Kollision der persönlichen Gläubiger des Erben mit den Legatarien haben die Letzteren ein Jahr lang das Separationsrecht[10]. 5. Wegen solcher Legate, deren Entrichtung noch nicht gefordert werden darf, kann Sicherheitsbestellung (cautio servandorum legatorum causa) nach Pr. R. nicht anders als unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags verlangt werden[11]. II. In Ansehung der Leistungen des Belasteten gilt Folgendes: 1. Der vermachte Gegenstand muß in der Regel selbst geleistet werden und der Belastete kann sich nicht mit Zahlung des Werths befreien[12]; eine Ausnahme gilt nur bei vermachten fremden Sachen, wenn der Eigenthümer den Gegenstand gar nicht oder nur unter unverhältnißmäßigen Bedingungen ablassen will[13]. 2. Vermachte bestimmte Sachen und Rechte werden in dem Zustande gegeben, in welchem sie sich zur Zeit des endlichen Erbanfalls (nicht des Todes des Erblassers, da, wenn Mehrere nach einander die Erbschaft ausschlagen, erhebliche Veränderungen eintreten können) befinden; bis zur Uebergabe ist der Erbe schuldig, den Gegenstand zu verwahren und zu verwalten, wobei er nur für ein grobes Versehen haftet (§. 468)[14]. Ist oder wird der Gegenstand bis dahin litigios durch Anspruch eines Dritten, so ist der Erbe nur schuldig, dem Legatar davon Nachricht zu geben, nicht aber den Prozeß zu führen oder die Kosten zu tragen[15]. 3. Gewährleistung hat der Legatar von dem Erben nur in dem Falle zu fordern, wenn der Erbe eine Handlung vorzunehmen hat, um den Legatar zum Eigenthümer zu machen, also wenn er ihm eine Sache anschaffen oder aus Mehreren auswählen muß; sonst nicht[16]. III. Nebenpunkte. 1. Die Leistung muß mit dem

---

10) §§. 290, 297 a. a. O.; A. G. O. I, 50, §. 277. — S. o. §. 493. — L. 6 pr. D. de separation. (XLII, 6).

11) I, 12, §§. 481, 482; I, 9, §. 387 verb. mit I, 12, §. 297. Darin ist also das R. R. (D. XXXVI, 4; C. VI, 54) abgeändert.

12) I, 16, §. 11. — L. 71, §§. 3, 4 D. de leg. I; L. 67, §. 8 D. de leg. II.

13) I, 12, §. 378; L. 71, §. 3 D. de leg. I; L. 14, §. 2, L. 30, §. 6 D. de leg. III.

14) §§. 305, 306, 308 a. a. O.

15) §. 301 a. a. O. — Anders nach Nov. 112, c. 1.

16) §§. 325, 397, 398, 391, 409 a. a. O. — L. 45, §. 2 D. de leg. I.

Eintritte des dazu bestimmten Tages erfolgen (dies venit). Die Bestimmung des Erblassers ist dabei nur dann maßgebend, wenn darnach der Termin später eintritt als der Legatar zu warten von Rechtswegen verpflichtet ist. Jedenfalls muß der Ablauf der Ueberlegungsfrist abgewartet werden. Der Erbe ohne Vorbehalt muß alsdann sogleich leisten, ausgenommen, wenn über die Gültigkeit des letzten Willens gestritten wird, in welchem Falle der Legatar auf den Ausgang warten muß; der Benefizialerbe braucht erst dann zu leisten, wenn feststeht, daß der Nachlaß hinreicht[17], der Legatar kann ihn aber durch Einforderung des Legats zum erbschaftlichen Liquidationsprozesse drängen[18]. Soll eine fremde Sache angeschafft werden, so bestimmt der Richter eine angemessene Zeit[19]. 2. Hinsichtlich des Orts gelten die allgemeinen Regeln (§. 480). 3. Nebenverbindlichkeiten sind: a) Zinsen, und zwar *α*) die von den vermachten Kapitalien erhobenen, insoweit sie nach dem Tode des Erblassers fällig geworden[20], was auch von vermachten Renten und Zehnten, nicht aber von dem Nießbrauche eines Grundstücks oder Gebäudes gilt[21]; *β*) Verzugszinsen, welche vom Ablaufe der Ueberlegungsfrist ohne Mahnung anfangen und selbst durch mora accipiendi nicht gehoben werden[22]. b) Früchte und Nutzungen, soviel der Erbe selbst erhoben hat, nach eingetretener Zögerung aber wie ein unredlicher Besitzer[23]. c) Ersatz für solche Verschlimmerungen, welche durch grobes Versehen des Erben verursacht sind, im Falle der Mora aber auch für solche, welche ein unredlicher Besitzer erstatten muß[24]. d) Leistung des

---

17) §§. 294—296, 303 das.

18) §. 297 das. — V. I, vom 4. März 1834, §. 2.

19) I, 5, §§. 230, 231. Daß diese sich unmittelbar nur auf Verträge beziehende Bestimmung auch hier Anwendung findet, folgt aus der rechtlichen Natur dieser Verbindlichkeit als einer vertragsähnlichen (quasi ex contractu). L. 47 pr., L. 71, §. 1 D. de leg. I.

20) I, 12, §§. 408, 304.

21) §§. 302—304 a. a. O. Hier tritt Theilung nach Verhältniß der Zeit des laufenden Jahres ein.

22) §§. 450, 451, 328, 329 a. a. O. Ein Grund zu dieser Anomalie ist nicht. Nach altem R. R. konnten Zinsen ex mora nicht gefordert werden, weil die Klage eine actio stricti juris war. Gajus II, §. 280. Anders nach Just. R. L. 23, 39, §. 1 D. de leg. I.

23) §§. 307, 309, 310 a. a. O.

24) §. 310 das. — S. o. §. 468, I, 1. Nach R. R. haftet der Belastete für culpa levis, wenn er Vortheil aus der Erbschaft hat, für culpa lata, wenn er nichts behält (L. 26, §. 1, L. 47, §. 5, L. 108, §. 12 D. de leg. I); für

Interesses bei unmöglicher Erfüllung, nach Maßgabe der Verschuldung des Erben[25]).

§. 885.

2. Rechte des Belasteten.

I. Der Erbe ist berechtigt: 1. von dem Legate, soviel nach Erschöpfung der Erbschaft noch dazu erforderlich, zur Bezahlung der Schulden zu verwenden, wenn er Benefizialerbe ist: die Legate vermindern sich dann um soviel von selbst[26]); 2. die auf die Verwahrung und Verwaltung des vermachten Gegenstandes verwendeten Kosten, nach den Regeln von der Geschäftsführung, sowie 3. die Kosten der Uebergabe oder Verabfolgung des Legats, bei Forderungen an Dritte also auch die Kosten der Cession, erstattet zu verlangen[27]). II. Er hat dieserhalb folgende Rechtsmittel: 1. Fordert der Legatar das Vermächtniß ganz, obwohl die Schulden noch nicht bezahlt sind, oder ohne sich zur Erstattung der Kosten zu verstehen, so hat der Erbe das Retentionsrecht (exceptio doli)[28]). 2. Hat der Erbe das Vermächtniß vor der Zeit oder ohne auf den Abzug oder die Erstattung der Kosten zu dringen, gegeben: so kann er den Theil, um welchen das Legat durch Beitrag zur Schuldentilgung vermindert worden ist, kondiziren und die Kosten können durch die Geschäftsbesorgungsklage gefordert werden. 3. Hat der Legatar sich eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstandes gesetzt (§. 824, I): so kann der Erbe denselben mit dem interdictum quod legatorum zurückfordern[29]). Dieses Rechtsmittel beruhet lediglich auf der eigenmächtigen Besitzanmaßung und geht auch auf unkörperliche Sachen[30]), folglich

---

casus, wenn er in mora ist. L. 3 C. de usuris et fruct. leg. (VI, 47); L. 39, §. 1, L. 47, §. 6, L. 108, §. 11 D. de leg. I.

25) §. 313 a. a. O. — S. o. §. 471.

26) Vergl. L. 73, §. 5 D. ad legem Falcidiam (XXXV, 2).

27) I, 12, §§. 306, 312.

28) §. 296 a. a. O. — Vergl. L. 15, §. 1 D. eodem.

29) §. 311 a. a. O. — L. 7, §§. 146, 147, 150. — L. 1, §. 2 D. quod legatorum (XLIII, 3).

30) L. un. C. quorum legator. (VIII, 3); L. 1, §. 8 D. eodem.

auch auf eine vermachte Hypothekenpost, welche der Richter für den Legatar, lediglich auf Grund des demselben ertheilten Auszugs aus dem Testamente, ohne Einwilligung des Erben, im Grundbuche umgeschrieben hat[31]). In diesem Falle muß für den Erben vorläufig eine Protestation eingetragen werden, um die weitere Veräußerung der Post an einen redlichen Dritten zu verhindern.

---

31) S. o. §. 824, die in der Note 2 angeführte Abhandlung.

Druckfehler.

Seite 696, Zeile 3 von unten ist zu lesen: System des, statt: „Muster von.“

Sach-Register.

Die Römische Ziffer bezieht sich auf den Band, die Arabische auf die Seitenzahl.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

K.

L.

N.

O.

P.

Q.

T.

U.

V.

W.

Druck von J. Draeger in Berlin, Adlerstr. 9.